

El derecho de los ciudadanos al agua es un tema que abarca el derecho constitucional y administrativo, sino también involucra otras áreas del derecho como aquellos internacionales, de la Unión Europea y del medio ambiente; entre ellos, el derecho administrativo estudia las formas por las que el sujeto el público va a garantizar a todos los ciudadanos el cumplimiento efectivo de este derecho fundamental, en primer lugar resolviendo la elección entre la gestión directa e indirecta, en este último caso basándose en entidades públicas o sólo parcialmente privadas. Es un tema delicado como la elección acerca la manera de administrar el agua vive una tensión constante entre dos polos: el de la competencia, lo cual es particularmente importante en Europa, y la protección de los derechos humanos, incluida la igualdad en el acceso al agua. En este contexto, se considera interesante para cobrar las contribuciones de dos sistemas legales europeos (Italia, España), con una selección de varios sistemas legal latinoamericano, algunos de ellos muy sensibles a la cuestión.

Gabriella Crepaldi, Profesora de Derecho Administrativo en la Universidad de Bergamo (Italia).

Antonio Fanlo Loras, Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de La Rioja (España).

Antonio Embid Irujo, Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Zaragoza (España).

Liber Martín, Profesor de Derecho Administrativo, Ambiental y de Aguas en la Universidad Nacional de Cuyo e investigador del CONICET (Argentina).

Alejandro Vergara Blanco, Profesor titular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

María Pilar García Pachón, Directora del Departamento de Derecho del Medio Ambiente de la Universidad Externado de Colombia.

Andry Matilla Correa, Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana (Cuba).

Karlos Navarro, Catedrático de Derecho Administrativo, UNAN-Managua (Nicaragua).

José Ignacio Hernández González, Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Católica Andrés Bello y en la Universidad Central de Venezuela.

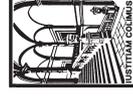
€ 25,00



G. CREPALDI (coordinador) – PERFILES DE LA ORDENACIÓN JURÍDICA DEL AGUA EN ITALIA, ESPAÑA Y AMÉRICA LATINA

PERFILES DE LA ORDENACIÓN JURÍDICA DEL AGUA EN ITALIA ESPAÑA Y AMÉRICA LATINA

GABRIELLA CREPALDI
(coordinador)



G. Giappichelli Editore



tirant lo blanch

PERFILES DE LA ORDENACIÓN JURÍDICA
DEL AGUA EN ITALIA, ESPAÑA Y AMÉRICA LATINA

GABRIELLA CREPALDI

(coordinador)

PERFILES DE LA ORDENACIÓN
JURÍDICA DEL AGUA EN ITALIA
ESPAÑA Y AMÉRICA LATINA



G. Giappichelli Editore



tirant lo blanch

© Copyright 2017
EDITORIAL TIRANT LO BLANCH - VALENCIA
ISBN 978-84-914-3206-7
<http://www.tirant.com>

© Copyright 2017
G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
ISBN/EAN 978-88-921-0793-9
<http://www.giappichelli.it>

Este libro ha sido objeto de una evaluación científica a través de un proceso de revisión double-blinde por dos revisores internacionales. El editor mantiene la documentación.

Volumen publicado con el apoyo del Departamento de Derecho de la Universidad de Bérnago.

Impresora: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

ÍNDICE

	<i>pag.</i>
<i>Autores</i>	XI
 RELEVANCIA ECONÓMICA DEL SERVICIO DE AGUAS Y FORMAS DE GESTIÓN: LA REFLEXIÓN SOBRE EL CASO ITALIANO <i>Gabriella Crepaldi</i>	
1. Servicio público y ciudadanía administrativa	1
2. Servicios públicos de relevancia económica	4
3. Servicio de aguas y referéndum contra el sistema empresarial	5
4. Remuneración del capital y principio de la recuperación total de los costes (full cost recovery)	9
5. Las formas de gestión tras el referéndum abrogatorio	11
6. Los nuevos Textos únicos sobre las empresas de participación pública y sobre los servicios públicos de interés económico general	16
7. Reflexiones finales	18
 LA SINGULARIDAD HIDROLÓGICA DE ESPAÑA: UN SISTEMA DE AGUAS ARTIFICIALIZADO <i>Antonio Fanlo Loras</i>	
Introducción	21
1. La singularidad hidrológica de España no es un tópico, sino una realidad: predominio absoluto de un sistema de aguas «reguladas» (artificializado) y no fluyentes en régimen natural. La corrección de los desequilibrios hídricos espacio-temporales como objeto de la política hidráulica del último siglo	25
2. La Directiva Marco del Agua como marco de referencia y los objetivos de la planificación hidrológica	37

**ORGANIZACIONES DE USUARIOS
Y PARTICIPACIÓN EN LA GESTIÓN DEL AGUA
EN EL DERECHO ESPAÑOL**

Antonio Embid Irujo

I. Introducción general	45
II. Usuarios y comunidades de usuarios en España. Rasgos generales	50
1. El concepto de usuario. Distinción con el de ciudadano y consecuencias	50
2. Comunidades de usuarios. Pluralidad de tipos. El supuesto especial de las aguas subterráneas	52
3. Naturaleza jurídica de las comunidades de usuarios: corporaciones de derecho público. Algunas consecuencias. El control sobre las comunidades de usuarios	55
4. Modernidad y tradición en el ordenamiento jurídico de las comunidades de usuarios	58
5. La organización de las comunidades de usuarios: caracteres generales	59
6. La plural funcionalidad de las comunidades de usuarios	60
III. Bibliografía Básica	61

**AGUA Y SANEAMIENTO COMO DERECHO HUMANO Y
SERVICIO PÚBLICO. IMPLICANCIAS DE SU RECONOCIMIENTO PARA EL CASO ARGENTINO**

Liber Martin

1. Introducción	63
2. El derecho humano al agua y al saneamiento en el plano internacional	67
2.1. Debates pendientes en el contexto latinoamericano	69
3. El derecho al agua y saneamiento en el ámbito nacional	71
4. Impacto del derecho humano al agua y al saneamiento en el régimen argentino de servicios públicos	74
4.1. Usuarios actuales	77
4.2. Usuarios futuros	78
5. Conclusiones	82
6. Bibliografía	82

**ADMINISTRACIÓN, AUTOGOBIERNO
Y MERCADO EN EL AGUA PÚBLICA.
EL CASO DE CHILE**

Alejandro Vergara Blanco

1. Las aguas como hecho jurídico: geografía y usos	85
1.1. Características geográficas de Chile	86
1.2. Principales usos o destinos del agua en al ámbito socioeconómico de Chile	87
2. Marco regulatorio del aprovechamiento de las aguas	87
2.1. Garantía y reconocimiento de derechos de aguas	88
2.2. Protección constitucional de los derechos de aguas	88
2.3. La codificación del derecho de aguas	89
2.4. Reglamentos en materia de aguas	92
3. Sistema de la disciplina del Derecho de Aguas	92
3.1. Núcleo dogmático del Derecho de Aguas	92
3.2. La distribución del agua (a cada usuario de un río)	93
3.3. Bases jurídicas del derecho de aguas chileno	97
a) Un Derecho de aguas costumbrista	97
b) Regulación recoge realidad geográfica: la unidad de la corriente	97
c) Seccionamiento de los ríos y unidad de la corriente	98
d) Garantías del procedimiento concesional dirigido a crear nuevos títulos de aguas	99
e) Garantías para el libre aprovechamiento de las aguas: mercado	100
f) Autogestión de los titulares de derechos de aguas	104
4. Organización y funciones administrativas	104
4.1. La Dirección General de Aguas	105
4.2. Las juntas de vigilancia	105
4.3. Las restantes organizaciones de usuarios	107
5. Técnicas de intervención (procedimientos concesionales o autorizacionales)	109
5.1. Calificación legal de las aguas en Chile	109
5.2. Contenido y características esenciales de los derechos de aprovechamiento de aguas	110
5.3. Tipología de los derechos de aprovechamiento de aguas	112
a) Los derechos de aprovechamiento de aguas «constituidos»	112
b) Los derechos de aprovechamiento de aguas «reconocidos»	113

	<i>pag.</i>
5.4. Procedimiento concesional de los derechos de aprovechamiento de aguas	117
5.5. Catastro y control de las aguas	121
6. Resolución de conflictos	121
Bibliografía reciente	122
Jurisprudencia citada	122
Normativa citada	123

**LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA
EN MATERIA DE VERTIMIENTOS EN COLOMBIA.
ANÁLISIS DE ALGUNAS DIFICULTADES
EN LA ACCIÓN DE POLICÍA ADMINISTRATIVA**

María del Pilar García Pachón

1. Introducción	125
2. La acción de policía administrativa en materia de control de vertidos en Colombia	127
3. Las prohibiciones. Algunas dificultades en su aplicación efectiva	129
4. El permiso de vertimientos. Conflictos en el establecimiento de competencias	131
5. La potestad sancionadora. ¿Es suficientemente radical la respuesta sancionatoria del estado Colombiano frente a las infracciones administrativas y frente al daño ambiental?	133
Conclusiones	138
Bibliografía	138

LA ORDENACIÓN JURÍDICA DEL AGUA EN CUBA: ALGUNOS APUNTES

Andry Matilla Correa

1. Introducción	141
2. Cuba, aguas y Derecho: un planteamiento inicial	143
3. La ordenación normativa del agua en Cuba: apuntes históricos	146
4. El marco actual de ordenación jurídica del agua en Cuba	156
5. A modo de epílogo: unas reflexiones sobre el marco actual de ordenación jurídica del agua en Cuba	163

pag.

EL SERVICIO PÚBLICO DEL AGUA EN CENTROAMÉRICA Y NICARAGUA

Karlos Navarro

1. El servicio público del agua en Nicaragua. Antecedentes	169
2. La crisis de los ochenta y la nacionalización de las Empresas	171
3. La privatización y Descentralización de los servicios públicos en Nicaragua	173
4. La ley de agua Nacionales	175
5. Conclusión	177

LA ORDENACIÓN JURÍDICA DEL AGUA EN VENEZUELA

José Ignacio Hernández González

1. Introducción	179
2. Breve análisis sobre la evolución de la regulación legal del servicio de agua en Venezuela	180
2.1. Derecho y recursos hídricos en Venezuela	180
2.2. La regulación civil sobre las aguas	183
2.3. La transición del Derecho de Aguas: del régimen de propiedad privada al régimen del dominio público	185
2.4. La regulación administrativa sobre las aguas	188
3. El régimen jurídico-administrativo de las aguas en la Ley de Aguas	189
3.1. La declaratoria legal de todas las aguas como bienes del dominio público. Breves reflexiones sobre sus consecuencias jurídicas	189
3.2. Las formas de aprovechamiento de las aguas	191
3.3. Los principios de la intervención administrativa para garantizar la gestión integral de las aguas	192
3.4. Las técnicas de control administrativo para garantizar la gestión integral de las aguas	193
3.5. Las Administraciones competentes para el control sobre las aguas	194
4. El régimen de los servicios de agua potable y saneamiento	194
4.1. Las formas de gestión de los servicios de agua potable y saneamiento	195
4.2. El control sobre los servicios de agua potable y saneamiento	196
4.3. La falta de aplicación de la Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento	197

	<i>pag.</i>
5. El régimen jurídico-administrativo de los espacios acuáticos	197
6. Breve apunte sobre la protección de los derechos de los usuarios	198
7. Balance crítico del régimen jurídico-administrativo de las aguas	199

AUTORES

Gabriella Crepaldi, Profesora de Derecho Administrativo en la Universidad de Bergamo (Italia)

Antonio Fanlo Loras, Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de La Rioja (España)

Antonio Embid Irujo, Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Zaragoza (España)

Liber Martín, Profesor de Derecho Administrativo, Ambiental y de Aguas en la Universidad Nacional de Cuyo e investigador del CONICET (Argentina)

Alejandro Vergara Blanco, Profesor titular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile

Maria Pilar García Pachón, Directora del Departamento de Derecho del Medio Ambiente de la Universidad Externado de Colombia

Andry Matilla Correa, Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana (Cuba)

Karlos Navarro, Catedrático de Derecho Administrativo, UNAN-Managua (Nicaragua)

José Ignacio Hernández González, Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Católica Andrés Bello y en la Universidad Central de Venezuela

ADMINISTRACIÓN, AUTOGOBIERNO Y MERCADO EN EL AGUA PÚBLICA. EL CASO DE CHILE

Alejandro Vergara Blanco

SUMARIO: 1. Las aguas como hecho jurídico: geografía y usos. – 1.1. Características geográficas de Chile. – 1.2. Principales usos o destinos del agua en el ámbito socioeconómico de Chile. – 2. Marco regulatorio del aprovechamiento de las aguas. – 2.1. Garantía y reconocimiento de derechos de aguas. – 2.2. Protección constitucional de los derechos de aguas. – 2.3. La codificación del derecho de aguas. – 2.4. Reglamentos en materia de aguas. – 3. Sistema de la disciplina del Derecho de Aguas. – 3.1. Núcleo dogmático del Derecho de Aguas. – 3.2. La distribución del agua (a cada usuario de un río). – 3.3. Bases jurídicas del derecho de aguas chileno. – a) Un Derecho de aguas costumbrista. – b) Regulación recoge realidad geográfica: la unidad de la corriente. – c) Seccionamiento de los ríos y unidad de la corriente. – d) Garantías del procedimiento concesional dirigido a crear nuevos títulos de aguas. – e) Garantías para el libre aprovechamiento de las aguas: mercado. – f) Autogestión de los titulares de derechos de aguas. – 4. Organización y funciones administrativas. – 4.1. La Dirección General de Aguas. – 4.2. Las juntas de vigilancia. – 4.3. Las restantes organizaciones de usuarios. – 5. Técnicas de intervención (procedimientos concesionales o autorizacionales). – 5.1. Calificación legal de las aguas en Chile. – 5.2. Contenido y características esenciales de los derechos de aprovechamiento de aguas. – 5.3. Tipología de los derechos de aprovechamiento de aguas. – a) Los derechos de aprovechamiento de aguas «constituidos». – b) Los derechos de aprovechamiento de aguas «reconocidos». – 5.4. Procedimiento concesional de los derechos de aprovechamiento de aguas. – 5.5. Catastro y control de las aguas. – 6. Resolución de conflictos. – Bibliografía reciente. – Jurisprudencia citada. – Normativa citada.

1. *Las aguas como hecho jurídico: geografía y usos.*

Dado que para el hombre el agua es un elemento inseparable de su propia existencia y subsistencia¹; su aprovechamiento ha jugado un papel

¹ Ello ha sido reconocido, a propósito del novísimo derecho humano al agua, por la jurisprudencia; véase últimamente los casos: *Pablo Reyes Barraza con Aguas Andinas S.A* (2011), *Luis Dagoberto Larraín con Mario Román Valenzuela* (2014) y *Sebastián Montes con Parcelación Piedra Molino* (2015), en que se declara que como el agua es condición natural, necesaria e indispensable para que la vida exista, debe siempre respetarse a toda persona

capital a través de la historia de las civilizaciones. Son las cuencas de los ríos las que se han convertido en el eje del desarrollo urbano; a partir de su caudal se alimentan los sistemas de riego, o la fuerza de las aguas que arrastran se convierte en fuente de energía.

Sumado a esta necesidad vital del agua para el hombre, se encuentra el hecho de que la disponibilidad, abundancia y escasez de este recurso están condicionadas a las características geográficas particulares de cada país; y éstas pueden constituir la causa principal de la necesidad de que exista un Derecho de Aguas, pues en países de ubicación geográfica distinta o de una situación climatológica diversa puede ser que no sea necesario regular las formas de uso o aprovechamiento de las aguas.

1.1. Características geográficas de Chile.

El agua se encuentra distribuida en forma dispar en el planeta y en sus respectivos continentes; Chile no escapa a esta regla general, y su desigual repartición es particularmente evidente. En muy pocos países del mundo los contrastes son tan pronunciados como en el nuestro. El país presenta zonas con grandes volúmenes de circulación de agua, y zonas donde escasea casi por completo. Los ríos son torrentosos y caudalosos en algunas zonas, y en otras son tranquilos o con gastos ínfimos. También hay zonas con alto potencial energético y otras con muy pocas posibilidades debido a los bajos caudales².

Chile, considerado en su parte americana (con exclusión de la Isla de Pascua, la Isla de Juan Fernández y el territorio antártico), es el país más largo y angosto del mundo. Sus extremos norte y sur distan alrededor de 4.300 km.; en tanto su extensión este-oeste tiene un término medio de 177 km. El ancho máximo es de 360 km. (en la latitud de Mejillones), y el mínimo es de 90 km. (en la latitud de Illapel). El hecho de que el territorio del país sea tan largo en sentido longitudinal, y la presencia de la Cordillera de los Andes con altitudes que sobrepasan los 6.000 mts. en su parte septentrional, y con un promedio de 2.000 mts. en la región sur, hacen que haya una gran variedad de climas, los que condicionan el escurrimiento superficial, y, junto a la topografía singular del país, permiten la gran variedad hidrográfica señalada³.

En suma, simplificando las cosas, en la zona norte, la más cercana al Ecuador, impera sin restricción el desierto más absoluto; la lluvia es realmente escasa, no superando los 10 mm./año. En Chile central, prevalece un clima típicamente mediterráneo, con precipitaciones francas en el invierno y un prolongado período de sequía de verano; los ríos

un mínimo de agua para la subsistencia.

² ERRÁZURIZ *et al.* 1992, pp. 119-125.

³ *Ídem.*, 103.

poseen escurrimientos permanentes y también se marcan los dos períodos de crecidas en relación con las lluvias de invierno y los deshielos de primavera y verano. Al sur, los ríos tienen caudales permanentes, regímenes pluviales y casi todos presentan escurrimiento regulado por los lagos que se intercalan en sus cabeceras⁴.

Estas características geográficas son especialmente relevantes, según el caso, respecto del riego, por un lado, y en cuanto a la generación de energía eléctrica, por otro.

1.2. Principales usos o destinos del agua en el ámbito socioeconómico de Chile.

El agua para riego ha sido desde tiempos remotos uno de los usos más vitales para el desarrollo de nuestro país, por lo que dicho destino representa el sector de mayor utilización de recursos hídricos. En efecto, de acuerdo a estimaciones de la DGA, el agua usada para el riego representa entre el 78 y el 85% del total de aguas usadas en Chile⁵.

El hecho de tener en el norte una zona árida absolutamente y una semiárida, y que en la zona central las lluvias se repartan en forma desigual durante el año, hace indispensable la construcción de obras hidráulicas para el riego: sistemas de canales y embalses que permiten la acumulación del recurso para las épocas en que éste escasea⁶. Esto hace necesario que se inviertan grandes sumas de dinero en obras de regulación y acondicionamiento de canalización, por los beneficios directos e indirectos que, desde el punto de vista económico y social, acarrearán⁷.

El agua para producir energía eléctrica es hoy en día fundamental para el desarrollo económico del país. Chile tiene un gran potencial para la generación de energía hidroeléctrica, la que es vital para el consumo interno, en especial para sustentar la gran producción industrial que implica su sostenido y deseable desarrollo económico; además, este potencial permitirá exportar esta energía a países vecinos.

2. Marco regulatorio del aprovechamiento de las aguas.

Las fuentes regulatorias que conforman el marco normativo actual del Derecho de Aguas en Chile son, en sustancia, las siguientes: el DL. n° 2.603 de 1979; el art.19 n° 23 y n° 24 de la CPR; y, el CA de 1981, con sus

⁴ NIEMEYER y CERECEDA 1984, p. 21.

⁵ Información emanada de la página web de la Dirección General de Aguas.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Cfr. MATUS *et al.* 1985 y PERALTA 1988 y 1992.

modificaciones posteriores. Además, existen otros actos reglamentarios y administrativos que deben ser considerados, y que se revisan a continuación.

2.1. *Garantía y reconocimiento de derechos de aguas.*

El DL N°2.603 de 1979 es el texto normativo que marca el inicio del novísimo Derecho de Aguas chileno, cuya característica más marcada es la liberalización de las aguas; esto es, la reducción del papel del Estado/Administración en su gestión. Los siguientes pasos normativos, derivados de este texto, serían la CPR y luego el CA de 1981.

El DL N°2.603 establece normas sobre derechos de aprovechamiento de aguas y “faculta al Presidente de la República para que establezca el régimen jurídico general de las aguas”⁸. Sin embargo, los aportes realizados por este cuerpo legal son mucho más extensos:

1°) *Reforzó el estatuto garantizador de los derechos de aguas, otorgando a sus titulares “propiedad sobre los mismos”*, tal como lo señala el art.1 del DL. N°2.603.

2°) *Reconocimiento de los usos consuetudinarios de aguas como derechos de aprovechamiento*. Se presume que los usos consuetudinarios de aguas, que cumplan con los requisitos correspondientes, constituyen derechos de aprovechamiento, y, por lo tanto, son “reconocidos”, tal como señala la CPR.

En este sentido, el art.7 DL 2.603 señala que: *“Se presumirá dueño de derecho de aprovechamiento a quien lo sea del inmueble que se encuentra actualmente utilizando dichos derechos. / En caso de no ser aplicable la norma precedente, se presumirá que es titular del derecho de aprovechamiento quien se encuentre actualmente haciendo uso efectivo del agua.”*

En definitiva, este texto normativo es de suma importancia en el Derecho de Aguas chileno.

2.2. *Protección constitucional de los derechos de aguas.*

Es obligatorio incluir entre las fuentes del Derecho de Aguas al art.19 N°23 y N°24 inciso final de la Constitución Política de 1980 (CPR). De este cuerpo normativo deben destacarse particularmente las siguientes disposiciones:

⁸ Cuya importancia ha recalado, correctamente, algún autor. Cfr. DOUGNAC 1989, 179.

⁹ La técnica legislativa de entonces consistió en incluir en el art.1 n° 16 del Acta Constitucional n° 3 de 1976, el inciso que posteriormente insertaría en forma textual la CPR en su art.19 n° 24 inciso final, y que se analizará posteriormente.

1º) *artículo 19 N°23 CPR*. Si el derecho de aprovechamiento de aguas es un bien incorporal reconocido por el art.19 N°24 CPR, y existe libertad para adquirir todo tipo de bienes, cualquier limitación o requisito para su adquisición debe llevarse a efecto a través de ley de quórum calificado, y siempre que se invoque para ello el interés nacional.

2º) *artículo 19 N°24 inciso final CPR*. De acuerdo a esta disposición “Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”.

En este artículo se establece y garantiza la “propiedad” sobre los “derechos” de aprovechamiento de aguas. Se precisa que los derechos de aprovechamiento de aguas pueden ser “reconocidos o constituidos en conformidad a la ley”, lo cual implica ratificar, ahora en sede constitucional, que, desde el punto de vista de su origen, tales derechos pueden ser “constituidos” (es decir, provenientes de un procedimiento administrativo concesional), o, “reconocidos” a partir de prácticas consuetudinarias u otras situaciones especiales¹⁰ (consagradas por el art.7 DL N°2.603 de 1979).

2.3. La codificación del derecho de aguas.

El Código de Aguas de 1981 (CA de 1981 o CA) es el cuerpo normativo que encabeza el régimen regulatorio de las aguas en Chile, pudiendo destacarse los siguientes aspectos del mismo:

a) *Principales directrices del CA de 1981*. A partir de un análisis del CA de 1981 pueden comenzar a diseñarse las premisas, instituciones y figuras que conforman el núcleo dogmático de esta disciplina jurídica. En tal sentido, se encuentran las que a continuación se esbozan:

i) *Consideración de las aguas disponibles en fuentes naturales como un bien nacional de uso público*, y, por ende, extraído del tráfico jurídico privado.

ii) *Existencia de un procedimiento concesional* a través del cual se otorgan o constituyen a favor de particulares derechos de aprovechamiento de aguas; y de un *procedimiento de regularización* de derechos reconocidos particularmente a partir del uso consuetudinario de las aguas.

iii) *Existencia de unos derechos reales administrativos* (derechos de aprovechamiento de aguas) que, producto de la concesión o del reconocimiento-regularización otorgado por la autoridad competente, facultan a sus titulares para usar una cantidad determinada de aguas en forma privativa y exclusiva.

iv) *Administración bipartida de las aguas*. La Dirección General de

¹⁰ Ver RIVERA 2013.

Aguas (DGA) es la autoridad administrativa centralizada encargada de velar por la protección y gestión de las aguas en su condición de bien nacional de uso público. No obstante ello, una vez constituidos o reconocidos los derechos, las aguas respectivas son objeto de administración en cada cuenca hidrográfica por las respectivas organizaciones de usuarios, especialmente por las denominadas juntas de vigilancia. Tal es la fuerza de esta última estructura organizativa que ciertamente puede hablarse de una administración compartida o bipartida del recurso hídrico entre la autoridad y este órgano privado (cada una en distintos contextos y con facultades bien diferenciadas).

b) Modificaciones relevantes al CA de 1981. El CA de 1981 ha experimentado algunas modificaciones importantes desde su entrada en vigencia, ocurrida hace ya más de 30 años. Entre ellas, cabe destacar las que seguidamente se enuncian:

i) Primer cambio regulatorio importante, en 2005. La Ley N° 20.017, de 2005, modifica el CA; de entre los aspectos objeto de cambio, pueden mencionarse los siguientes:

1° Se buscaba corregir las falencias del régimen de asignación originaria de derechos de aprovechamiento de aguas, que corresponde a la Dirección General de Aguas (DGA).

2° Se refuerza la labor de la DGA relativa a la sustentabilidad del recurso y al resguardo de los derechos existentes, impulsando la reasignación de los derechos de aprovechamiento a través de un renovado procedimiento de remates de los mismos en casos en que se presenten, en cierto período, dos o más solicitudes sobre las mismas aguas y no exista disponibilidad para atender todos los requerimientos.

3° Se establece el mecanismo del remate ante peticiones contemporáneas de exploración de aguas subterráneas.

4° Se otorga explícitamente a la DGA la potestad de declarar ciertos acuíferos como área de restricción (art.65 inc.2° CA).

5° Se aclara que es posible organizar una comunidad de aguas respecto de aguas subterráneas, entre los titulares/usuarios que aprovechen “un mismo acuífero” (modificación del art.186 CA).

6° La adquisición y ejercicio de los derechos de aguas subterráneas es objeto de limitaciones y de nuevas potestades discrecionales para la autoridad desde el nacimiento de los mismos.

7° Se otorga la potestad de declarar “caudal ecológico mínimo”, aunque sin regular el modo en que la autoridad ejercerá esa potestad ni definir tal concepto (esta temática fue objeto de una modificación posterior producto de la Ley N°20.417 de 2010, que crea el Ministerio del Medio Ambiente).

Esta última Ley entrega a la potestad reglamentaria la determinación de los criterios para fijar el caudal ecológico mínimo,

encargo que sólo se cumplió a través del Decreto n° 14, de 30 de julio de 2013, elaborado conjuntamente por el Ministerio de Obras Públicas y el Ministerio del Medio Ambiente. En este acto reglamentario se establecen los criterios por los cuales se regirá la DGA al momento de determinar el caudal ecológico mínimo, de conformidad con lo establecido en el artículo 129 bis 1 del Código de Aguas.

8° Se consagra una potestad de la DGA para establecer «modalidades» al constituir nuevos derechos de aprovechamiento de aguas, “con el objetivo de conservar el medio ambiente”. Con ello se entregan potestades de carácter ambiental a la DGA, las cuales corresponden a otros organismos.

9° Se incorpora la figura del pago de patentes por la no utilización de las aguas.

10° Se establece la necesidad de presentar una memoria explicativa en caso que se soliciten derechos por un volumen de agua superior al indicado en los arts. 129 bis 4 y 129 bis 5 CA.

Con relación a ello, se contempla, además, la existencia de una tabla de equivalencias entre caudales y usos, la cual reflejaría las prácticas habituales en el país en materia de aprovechamiento de aguas, y que es fijada por decreto supremo. Dicha tabla de equivalencia fue incorporada mediante Decreto 743, del Ministerio de Obras Públicas, de 2005.

En resumen, puede decirse que la Ley N°20.017 marca una tendencia ya arcaica en el sistema chileno, pues a partir de la Ley de Bases de Procedimientos Administrativos, de 2003, se da mayor garantía para el ciudadano, mientras que en el texto de la Ley N°20.017 sólo se exacerban las potestades para la Administración, lo cual implica incoherencias hacia el modelo de fondo.

ii) Cambios en regularización, catastro y publicidad. Ley N°20.099, de 2006, en concreto, esta norma aumenta a un año el plazo para regularizar derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas, que había establecido la Ley N°20.017, e introduce otras modificaciones a este último texto.

Asimismo, señala que los derechos de aprovechamiento que no se encuentren inscritos en el Registro Público de Derechos de Aprovechamiento de Aguas, del Catastro Público de Aguas, no podrán acceder a ninguna tramitación ante la DGA y la Superintendencia de Servicios Sanitarios (SISS).

Por otro lado, se incorpora, como nueva medida de publicidad, la exigencia de difundir las solicitudes o sus extractos por medio de mensajes radiales, correspondiendo al Director General de Aguas determinar las radioemisoras en que deberán practicarse estas publicaciones, los días y horarios en que debe hacerse.

iii) *Perfeccionamiento de derechos*. La ley N°20.697, de 2013 modifica los arts.220, 241 y 274 CA, facultando a los directorios de las comunidades de aguas y de las juntas de vigilancia para representar a sus miembros en los procesos de perfeccionamiento de sus títulos de derechos de aprovechamiento de aguas. Lo anterior, previo acuerdo adoptado por los dos tercios de votos emitidos en junta extraordinaria convocada al efecto.

2.4. *Reglamentos en materia de aguas.*

De acuerdo a lo establecido al inicio de este apartado, al analizar el marco regulatorio de las aguas en Chile cabe tener en consideración, además de los textos legales y constitucionales ya referidos, tres reglamentos.

1°) *El Decreto Supremo n° 1.220 de 1998*, que aprueba el Reglamento del Catastro Público de Aguas, y regula, además, el procedimiento de perfeccionamiento de títulos de derechos antiguos.

2°) *El Decreto Supremo n° 14 de 2013*, que aprueba el reglamento para la determinación del caudal ecológico.

3°) *El Decreto Supremo n° 203 de 2014*, que aprueba reglamento sobre normas de exploración y explotación de aguas subterráneas.

3. *Sistema de la disciplina del Derecho de Aguas.*

3.1. *Núcleo dogmático del Derecho de Aguas.*

Existen ciertas características generales, en rededor de las cuales se moldean particulares instituciones, que otorgan autonomía al sistema jurídico denominado Derecho de Aguas. Dichas características, que conforman el núcleo dogmático de la disciplina, son los aspectos que se desarrollan en seguida.

Estos aspectos fundamentales del régimen de las aguas se encuentran consagrados en la legislación vigente: de partida, en un breve texto inserto en la CPR, en el DL N°2.603 de 1979 y en el CA de 1981.

a) Así, en cuanto al *dominio jurídico de las aguas*, el art.5 CA establece que “las aguas son bienes nacionales de uso público”. La categoría “bienes nacionales de uso público” proviene de la terminología utilizada por el art.589 CC, y de ahí fue tomada.

No existe aquí, como en materia de minas, por ejemplo (vid. art.19 N°24 inc.6 CPR), una declaración constitucional sobre este dominio público de las aguas disponibles en fuentes naturales, sino que esta precisión está entregada al legislador.

b) En cuanto al *procedimiento de constitución de los derechos de aguas*,

sí existe una referencia en la CPR, al señalar en su art.19 N°24 inciso final que ellos son “reconocidos o constituidos en conformidad a la ley”. Pues bien, de acuerdo a lo dispuesto en el art.20 CA, los derechos sobre las aguas “se constituyen originariamente por acto de autoridad”.

El CA no es del todo preciso para calificar este “acto de autoridad”, sino sólo en la medida que tal acto tendría la virtud de “constituir” los derechos sobre las aguas. Queda claro, eso sí, que es un “acto” y eso importa una manifestación de voluntad de la Administración. Esta manifestación, desde el punto de vista dogmático, es una «concesión».

Paralelamente a ello, otra vía de origen de los derechos de aprovechamiento es el *reconocimiento* que el legislador da a ciertas situaciones especiales, entre ellas, el uso consuetudinario de las aguas (arts.7 DL 2.603 de 1979 y 19 N°24 inciso final CPR). Respecto a estos derechos reconocidos, el CA consagra una serie de herramientas de “regularización” (artículos 1, 2 5 transitorios, principalmente), que tienen por objeto declarar formalmente la existencia de los mismos y dotarlos de vida registral.

c) De la concesión y del reconocimiento *nacen derechos a favor de los particulares*. Según el art.19 N°24 inciso final CPR, “los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”, consagrando una especial forma de garantizarlos.

Por su parte, el art.5 CA, luego de señalar, como se dijo, que las aguas son bienes nacionales de uso público, agrega que “se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas”. Lo que se otorga es un derecho, distinto de la propiedad, “de aprovechamiento”, según la ley. No obstante, la CPR (siguiendo al art.583 CC), para asegurar este derecho otorga, a su vez, la propiedad sobre el mismo¹¹.

d) En fin, en cuanto a *la administración de las aguas*, hay dos perspectivas que analizar:

i) Desde el punto de vista de *la administración centralizada*, existe un servicio, la DGA, que tiene amplias atribuciones para intervenir en el sector, de acuerdo a lo dispuesto, en especial, en los arts.298 y ss. CA.

ii) Por otro lado, se da una administración descentralizada de las aguas: *formas especiales de organización de los usuarios o titulares de derechos de aprovechamiento*, las que están reguladas en los arts.186 y ss. CA (organizaciones de usuarios).

3.2. La distribución del agua (a cada usuario de un río).

La «distribución» es una relevante institución del Derecho de Aguas, y

¹¹ Ésta es la cosificación u objetivación de los derechos que, proveniente del Derecho Civil, ha invadido nuestras instituciones jurídicas; aspecto sobre el cual no podemos abundar aquí, pero que mencionamos siquiera.

responde a la siguiente pregunta: ¿cómo se sabe cuál es la «cantidad de agua» que puede aprovechar cada usuario?

La legislación de aguas siempre ha establecido reglas; las que, junto con los usos y costumbres de las organizaciones de usuarios, han constituido y constituyen el régimen jurídico del reparto de las aguas.

El reparto del agua que le corresponde a cada titular de derechos se rige, en esencia, por las siguientes reglas:

a) Usos individuales y colectivos.

i) El uso individual de las aguas. Los derechos de agua pueden ser ejercidos individualmente, a través de una obra de captación única y privada; caso en el cual no hay comunidad ni asociación alguna. Si en el sistema hídrico no hay junta de vigilancia, no hay «distribución»; sólo la hay, propiamente, cuando existe una junta de vigilancia, y el usuario individual recibirá la cantidad de agua que según el turno o prorrateo le corresponda.

A tal situación se llega, además, cuando un usuario individual ha adquirido todas las «acciones» de un canal común o asociado. La medida del derecho de tal canal individual sólo dice relación con el caudal que pueda recibir de la junta de vigilancia en su distribución, si es que la hay, de acuerdo a la obra de captación individual existente y aceptada por aquélla.

ii) El uso colectivo de las aguas. Ocurre en el caso en que desde una misma obra de captación se derivan aguas que usarán distintos titulares de derechos de aprovechamiento. Se trata de una obra común de captación, en que, a través de un canal matriz, se reparten las aguas a cada usuario, según sus derechos. Estos derechos de aprovechamiento son divididos entre los usuarios en «acciones» de la respectiva obra de captación y canal matriz.

Adicionalmente, la cantidad de agua recibida por la obra de captación constituye una parte alícuota del río respectivo.

b) Ejercicio de los derechos de agua y la «cantidad de agua» usada. En cuanto a la distribución del agua, puede o no existir en el sistema hídrico respectivo una junta de vigilancia que establezca el modo en que cada obra de captación recibe la «cantidad de agua» que corresponde a los usuarios.

Además de lo señalado, debe tenerse presente que la entrega de la «cantidad de agua» a cada usuario individual o a cada obra de captación común, según el caso, puede realizarse de los siguientes modos:

i) Por volumen fijo, sistema que, de acuerdo a lo señalado, si bien pareciera posible (art.7 CA), no es utilizado en la práctica.

ii) Por reparto proporcional, a prorrata o alícuota, según estatutos o decisión de las organizaciones de usuarios respectivas.

iii) Por turnos, según estatutos o decisión de las organizaciones de usuarios respectivas.

Estos dos últimos sistemas rigen ya sea respecto de las «acciones» de río (cuando la decisión la toma una junta de vigilancia); o respecto de las «acciones» de una obra común (cuando la decisión la toma una comunidad de aguas o una asociación de canalistas).

c) Distribución mediante cuotas. En este supuesto las organizaciones de usuarios distribuyen tradicionalmente el agua del siguiente modo: el total de las aguas que se capta en la obra común desde la corriente de uso público, es derivada a un canal. Este total es dividido en «acciones»; y a cada canalista (asociado o comunero, según los casos), se le entrega una cantidad determinada de agua, según sus «acciones». En un principio esto se hace por un acuerdo común a partir de las hectáreas de terreno que riega o posee cada usuario; ya luego, cuando existe alguna formalización, se realiza a partir de los «títulos» de dicho usuario.

Es entonces, «la acción» la unidad de medida del derecho de cada interesado, que es el prorrateo de la medida total de la respectiva obra de captación y canal matriz.

d) Existencia de turnos en el río. Si la junta de vigilancia los ha fijado (véase arts.198 N°4, 200, 202 inc.2, 241 N°s3 y 5 y 267 CA), el agua no se recibe proporcionalmente en cada obra de captación, sino que pierde continuidad, y, consecuentemente, el ejercicio que el titular de cada «acción» en los canales realiza de su derecho, queda sujeto a los días y horas del respectivo turno.

Normalmente, todos los derechos de aprovechamiento de aguas de uso agrícola son, en principio, «de ejercicio permanente» en su definición global. Para el caso que la fuente de abastecimiento (el río) no contenga la cantidad suficiente para satisfacerlos en su integridad, la ley autoriza a las juntas de vigilancia, comunidades de aguas y a las asociaciones de canalistas para que distribuyan el caudal no sólo en «partes alícuotas», sino también a través de turnos o rateos (vid. art.17 en relación a los arts.241 N°s3 y 5, 266, 267, 274 N°2 y 278 N°1 CA, entre otros).

Entonces, en la práctica común, ya sea que se utilice el sistema de prorrateo o turno, es esencialmente variable el caudal que recibe cada «accionista», puesto que el caudal del río cambia, por lo tanto, la cantidad de agua que corresponde en cada turno o cuota, también va variando.

De este modo, el agua que las respectivas organizaciones de usuarios distribuyen está determinada por las acciones que cada cual tiene en la respectiva obra de captación y canal matriz. Es ésta, entonces, en la práctica, la unidad de medida del derecho de cada comunero, que es el prorrateo de la medida total de la respectiva obra de captación y canal matriz.

Esto es necesario tenerlo presente al analizar y querer conocer, real y efectivamente, la «cantidad de agua» o la medida de cada derecho: la dotación o caudal de agua que le corresponde a cada «accionista» o titular de un derecho de aprovechamiento, cuando el río está sometido a

prorrato o turno.

La distribución alícuota o por turnos se puede efectuar válidamente aunque existan unos derechos de agua en cuyos títulos se indica una medida determinada de aguas; pues éstos deben convivir con los demás derechos de aguas, constituidos o reconocidos por la legislación, cuya medida del derecho no aparece en sus títulos, sino como una parte alícuota, «porcentaje» o «acción» en una obra de captación común («canal»), que extrae aguas de una fuente de abastecimiento.

Así es como autoriza la legislación vigente el ejercicio de los derechos de aguas (vid. art.311 CA); éste se concretiza en la distribución «global» del agua en cada cuenca, la cual se puede realizar de manera alícuota o a prorrata (arts.241 N°s3 y 5 y 268 CA) o por turnos (art.17 CA), pudiendo ser estos turnos hasta permanentes.

e) Situación de los derechos de agua reconocidos sin especificaciones en sus títulos. Nada podrá impedir una medición del caudal que se reciba en cada momento en la obra de captación o canal correspondiente, o una estadística del mismo. Sin embargo, esta medida será meramente referencial, y en ningún caso podrá alterar el *statu quo*: la actual distribución realizada por comunidades o juntas de vigilancia, a través de una unidad de medida variable (ya sea por partes alícuotas o por turnos, según proceda).

Por lo tanto, esta medición de carácter referencial, si bien es posible, no puede dar origen a una alteración del actual modo de distribución que realizan las juntas de vigilancia, asociaciones de canalistas y comunidades de aguas, por partes alícuotas o por turnos, según lo aprueben sus asociados.

Entonces, todo derecho, ya sea que se trate de un derecho antiguo que se regularice (art.2 transitorio CA), o de un derecho que se constituya recientemente, y que tengan determinado su caudal con una unidad de medida fija (como la señalada en el art.7 CA), a pesar de eso, como deben ser ejercidos en una misma corriente natural (cuyas aguas distribuye globalmente una junta de vigilancia), o en un mismo canal (cuyas aguas reparte una comunidad o asociación de canalistas), su uso se realiza en conjunto: si hay repartición por turno o alícuota, en los hechos, a pesar de lo que digan sus títulos, todos los derechos recibirán una «cantidad de agua» variable. En otras palabras, su unidad de medida es, entonces, variable.

Si existiese conflicto, y los titulares de derechos de aprovechamiento cuyos títulos establecen un caudal fijo no aceptan la distribución variable, y no es posible solucionar el problema en el seno de la comunidad, asociación o de la junta de vigilancia, tratándose ésta de una cuestión que no tiene procedimiento especial, tendría en todo caso que aplicarse el art.177 CA. En tal juicio sumario tendría que notificarse a los otros accionistas y a la organización que distribuye las aguas del deseo de

convertir la unidad de medida de un derecho determinado, que implicaría modificar el sistema íntegro de distribución de las aguas, lo que es muy difícil.

Nótese que se contempla el caso ilícito de “los que teniendo derecho para sacar o usar aguas se sirven con tal fin de orificios, conductores, marcos, compuertas o esclusas de forma diversa a la establecida o de una capacidad superior a la medida a que tienen derecho”.

Concluyendo, los derechos de aprovechamiento de aguas, en especial los usos consuetudinarios reconocidos, no pueden zafarse de la unidad de medida variable que les dio origen.

3.3. Bases jurídicas del derecho de aguas chileno.

Estas directrices fluyen de la regulación vigente, y son, en síntesis, los siguientes:

a) *Un Derecho de aguas costumbrista.*

En primer lugar, debemos precisar que en la disciplina jurídica que denominamos “Derecho de Aguas”, los hechos, las prácticas, las costumbres tienen una trascendencia significativa. Y es que muchas de las figuras e instituciones centrales de esta rama se forjan o nacen no de actos formales u oficiales de las autoridades competentes, sino que a partir de situaciones fácticas que vienen dándose desde tiempos indeterminados.

Así, por ejemplo, los usos consuetudinarios de aguas que reúnan ciertas condiciones han sido reconocidos por el legislador como auténticos “derechos de aprovechamiento”, quedando en la misma posición que aquellos derechos constituidos por la autoridad administrativa.

Igualmente, muchas organizaciones de usuarios (particularmente comunidades de aguas) comienzan funcionando informalmente, de hecho, y luego se formalizan legalmente, a través de los procedimientos contemplados para ello. Un número importante de ellas, sin embargo, se mantiene en la informalidad, ejerciendo sus competencias de manera totalmente costumbrista.

Por lo tanto, la costumbre es una poderosa fuente del Derecho de Aguas, y ello se ve fuertemente reflejado en nuestro medio, según se revisará más adelante.

b) *Regulación recoge realidad geográfica: la unidad de la corriente.*

El concepto de unidad de la corriente está contenido en el art.3 CA. Dice tal disposición: “Las aguas que afluyen, continua o discontinuamente, superficial o subterráneamente, a una misma cuenca u hoyo hidrográfica, son parte integrante de una misma corriente. / La cuenca u hoyo

hidrográfica de un caudal de aguas la forman todos los afluentes, subafluentes, quebradas, esteros, lagos y lagunas que afluyen a ella, en forma continua o discontinua, superficial o subterráneamente”.

Este principio contenido en la legislación vigente es, entonces, la respuesta jurídica al concepto que la geografía física otorga al término “cuenca”. Para tal ciencia, cuenca hidrográfica es «toda el área drenada por un río». Esta «totalidad» es la que le otorga entidad a lo que en Derecho traducimos a «unidad». Toda el agua forma una sola unidad.

Esta idea de cuenca hidrográfica es una realidad impuesta por la naturaleza y por el ciclo de las aguas. En efecto, para la geografía física la unidad fundamental para el estudio de los ríos y de sus aguas es la cuenca u hoya hidrográfica. De manera consecuente, para el Derecho de Aguas, que estudia los problemas de este recurso natural, es un imperativo considerar como base fundamental esta «unidad»; tanto respecto del ejercicio de los derechos de aprovechamiento de los particulares, como del ejercicio de las potestades del Estado en la materia. En ambos casos es imperativo someterse a este principio.

i) Implicancias jurídicas del concepto de la unidad de la corriente. El principio de unidad de la corriente tiene un contenido dogmático armónico y sistematizable con el contexto de la legislación de aguas, pero no tiene un desarrollo diáfano en el propio CA.

Carece de un desarrollo a pesar de ser una directriz general del Derecho de Aguas impuesto por la propia naturaleza y por el ciclo del recurso, lo que se refleja normalmente en cada cuenca u hoya hidrográfica, esto es, en cada río.

Este principio tiene indudables implicancias en varios aspectos del Derecho de Aguas, como en el tema de la contaminación del recurso; en la administración de la cuenca; en la distribución de las aguas a los titulares de derechos; en fin, en la constitución de nuevos derechos.

c) Seccionamiento de los ríos y unidad de la corriente.

El seccionamiento de los ríos es un hecho natural que se produce en algunos cauces, por su especial configuración hidrográfica. A medida que las aguas de un río van siendo utilizadas, tales usos lo agotan en ciertos tramos de su recorrido, quedando su álveo al descubierto; pero luego, por medio de filtraciones o afluencias de otras aguas, reaparecen nuevamente sus aguas. Pero esto no es un fenómeno permanente en tales ríos, y se produce sólo en épocas de escasez.

Este fenómeno natural del seccionamiento fue reconocido tempranamente por nuestra legislación, pero sólo para un efecto determinado y específico: para la distribución de las aguas.

El CA vigente tomó este concepto, mencionándolo especialmente en dos sitios: en la organización de juntas de vigilancia; y al referirse a la extraordinaria sequía.

1º) *Seccionamiento para la organización de juntas de vigilancia.* Regularmente, las organizaciones de usuarios agrupan a “usuarios que en cualquier forma aprovechen aguas de una misma cuenca u hoya hidrográfica” (art.263 inc.1 CA); estableciendo, entonces, en principio, una regla concordante con la unidad de la corriente.

No obstante, en seguida, el CA establece la excepción, señalando en el art.264 CA que: “Sin embargo, en cada sección de una corriente natural que hasta la fecha de promulgación de este Código y en conformidad a las leyes anteriores, se considera como corriente distinta para los efectos de su distribución, podrá organizarse una junta de vigilancia. / También podrá organizarse una junta de vigilancia para cada sección de una corriente natural en que se distribuyan sus aguas en forma independiente de las secciones vecinas de la misma corriente”.

Aún más, en el art.265 CA agrega una nueva contra-excepción, señalando que: “Cuando se planifiquen o construyan obras de embalse, trasvase o que constituyan campos de captación de aguas subterráneas, destinadas a regular el régimen de una corriente, el Presidente de la República podrá establecer, modificar o suprimir el seccionamiento de ella, con el objeto de obtener un mejor aprovechamiento de las aguas, sin perjuicio de los derechos adquiridos”.

Fluye que el principio de unidad de la corriente está por sobre el seccionamiento de un río, pues este último está permitido sólo para los efectos de la distribución, como lo dice su historia fidedigna, y el propio texto y contexto del CA en que están insertas tales disposiciones.

En ningún caso, este simple reconocimiento de un hecho natural -el seccionamiento- podría ser considerado, jurídicamente, de mayor relevancia a un principio superlativo del Derecho de Aguas, como lo es la unidad de la corriente. El seccionamiento es, en realidad, una nueva excepción para el caso específico de la distribución de las aguas en épocas de escasez. Cuando no hay seccionamiento, rige en plenitud la distribución en función de cada cuenca u hoya hidrográfica.

2º) *Seccionamiento y extraordinaria sequía.* La segunda ocasión en que el CA se refiere al seccionamiento de los ríos es en el art.314 CA, para el caso de extraordinaria sequía. Tal disposición legal, luego de referirse a la declaración de zona de escasez, y a la redistribución de aguas por la autoridad, dota a ésta de la potestad de «suspender las atribuciones de las juntas de vigilancia, como también los seccionamientos de las corrientes naturales».

En este caso se vuelve a la norma general, y se reconoce precisamente lo obvio: cuando el agua escasea, como el río es uno solo, las aguas deben redistribuirse entre todos los usuarios del río, sea cual fuere la sección en que se encuentren; pues este seccionamiento regiría sólo para la distribución en tiempos normales. De otro modo, el peligro es el siguiente: quienes se ubican en las primeras secciones no dejarían

pasar el agua que equitativamente les corresponde a los de las secciones siguientes.

3°) *Unidad de la corriente y manejo integrado de cuencas.* Consecuencia importante del principio de unidad de la corriente es, también, el aspecto de su manejo. Del concepto unitario de cuenca hidrográfica (despejando, incluso, esa visión parcial del “seccionamiento”, que se ha analizado), se desprende la necesidad de que su manejo sea integrado, tanto en su planificación como en su distribución. La administración de las aguas debe efectuarse también en forma globalizada; debe existir un organismo que coordine o maneje integradamente cada cuenca.

d) *Garantías del procedimiento concesional dirigido a crear nuevos títulos de aguas.*

Sobresalen dos aspectos de este procedimiento:

1°) *Obligatoriedad de constitución de derechos de aprovechamiento.* El organismo público encargado de la administración y planificación de las aguas (la DGA), está obligado a otorgar nuevos derechos de aguas una vez que se reúnan los tres requisitos enunciados a continuación, y, en especial, si se constata la existencia de caudales no otorgados previamente a otros particulares (disponibilidad). Concurriendo tales requisitos no puede negarse a otorgar nuevos derechos sin infringir una garantía constitucional (art.19 N°23 CPR).

2°) *Gratuidad de la obtención de derechos.* Otra característica de los derechos de aguas en Chile es la gratuidad con que originariamente se obtienen y mantienen en la titularidad privada. Los nuevos titulares de derechos de aguas pueden obtenerlos gratuitamente del servicio público estatal encargado de su otorgamiento (DGA), bajo la única condición de que se reúnan los siguientes requisitos:

- i) que la solicitud sea «legalmente procedente»;
- ii) que se constate técnicamente que existen recursos de aguas disponibles en la fuente natural; y,
- iii) que el nuevo uso no afecte a antiguos titulares de derechos vigentes.

Además, tanto los antiguos como los nuevos titulares de derechos de aguas no están sujetos a ningún impuesto o tarifa por la titularidad o uso de las aguas. Por lo tanto, la obtención y conservación de los derechos de aguas son totalmente gratuitas, con la salvedad de aquellos titulares de derechos que no usen las aguas comprendidas en los mismos, quienes, según lo expuesto previamente, deberán pagar una patente por el no uso del recurso.

El único caso en que se debe pagar para obtener originalmente los derechos de aprovechamientos se encuentra contemplado en el art.142 CA: si dentro del plazo de seis meses contados desde la presentación de

una solicitud, se presentaren dos o más solicitudes sobre las mismas aguas y no hubiere recursos suficientes para satisfacer todos los requerimientos, el Director General de Aguas citará a un remate de estos derechos, en el que podrán participar todos los interesados. Aquí los derechos se los adjudica el mejor postor, siendo el mercado el que asigna el recurso, por lo que estamos frente a una excepción al principio de la gratuidad.

e) Garantías para el libre aprovechamiento de las aguas: mercado.

Esto es lo más característico del régimen jurídico de las aguas en Chile, pues consagra los aspectos básicos de un sistema de mercado: protección del derecho (intangibilidad) y libre transferibilidad (mercado). Cabe mencionar, al respecto:

1°) Protección de los derechos de aguas como propiedad de sus titulares. Como consecuencia de la aplicación de un sistema general de protección a las titularidades privadas (Acta Constitucional N°3 de 1976 y CPR), en el sector se ha producido un reforzamiento de los derechos privados dirigidos al aprovechamiento de las aguas, que ha brindado protección tanto a los derechos concedidos por el Estado (constituidos) como a los consuetudinarios (reconocidos por éste).

En Chile se confiere reconocimiento jurídico y plena validez a los usos consuetudinarios (art.7 D.L. N°2.603, pieza central del sistema), e incluso se les da protección constitucional (art.19 N°24 inciso final CPR), en cuanto se refiere a “(derechos) reconocidos de acuerdo a la ley”.

Respecto de los derechos que concede el Estado, debe recordarse que si bien las aguas disponibles en fuentes naturales son bienes públicos («bienes nacionales de uso público», en la terminología legislativa chilena), aquél crea a favor de los particulares un «derecho de aprovechamiento» sobre éstas, derecho que tiene las mismas garantías constitucionales que la propiedad. En virtud de este derecho los particulares pueden usar, gozar y disponer jurídicamente de las aguas a su entera libertad.

La certeza de tales derechos la desea proporcionar el sistema a través de un Registro de Aguas, a cargo de Conservadores de Bienes Raíces. No obstante, y ésta es una notable debilidad del actual sistema chileno, existe aún una gran proporción de derechos consuetudinarios, no inscritos ni regularizados en registro ni catastro público alguno.

2°) Libertad de uso de las aguas. La actual legislación consagra una total libertad para el uso del agua a que se tiene derecho, de manera que los particulares pueden destinar las aguas a las finalidades o tipos de uso que deseen. Y esta libertad es permanente. No es necesario que al solicitar los derechos los particulares justifiquen uso futuro alguno. Tampoco se exige que en las transferencias de derechos de aprovechamiento se respeten los usos antiguos, y las aguas pueden cambiar libremente su destino, por

ejemplo, de riego a consumo humano.

La única limitación dice relación con la cantidad de agua que se puede extraer desde la fuente natural: se exige el respeto de la condición del derecho; así, si el derecho es consuntivo, es posible el consumo total del agua extraída, en tanto que sólo será posible su mero uso si es un derecho no consuntivo.

Adicional y consecuentemente, no se privilegia ningún uso sobre otro. Así, al momento de otorgar derechos nuevos, no hay preferencias legales de unos usos sobre otros. Si al momento de solicitarse las aguas, simultáneamente existen varios interesados, la autoridad no puede privilegiar a ningún solicitante sobre otro, sino que la legislación ha recogido un mecanismo de «mercado» y debe llamarse a un remate público, con el objeto de que sean los propios agentes privados los que, a través del libre juego de la oferta y la demanda, busquen la «asignación» más eficiente, favoreciendo a aquel que ofrezca los mejores precios. Entonces, la creación de los derechos de aguas, en la hipótesis de varios interesados, no la decide la Administración, sino estos últimos a través de sus ofertas.

En fin, en cuanto al uso de las aguas, la legislación vigente, en virtud de su deseo de dar libertad de acción a los particulares en materia económica, no obliga a los titulares a utilizar efectivamente los caudales a que tienen derecho, ni a construir las obras necesarias para hacerlo. Los particulares libremente usarán o no tales aguas y podrán esperar también libremente, de acuerdo a las condiciones de «mercado», el momento apropiado para enajenarlas a quien desee usarlas. Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, cabe precisar que esta libertad de uso del recurso agua por parte de los titulares de los respectivos derechos de aprovechamiento, ha pretendido ser mitigada con la reforma introducida al CA por la Ley N°20.017, de 2005. Dicha reforma legal, entre otras modificaciones, agregó al CA las siguientes figuras:

i) En el título XI, comprensivo de los arts.129 bis 4 a 129 bis 21, se establece que los derechos de aprovechamiento estarán afectos, en la proporción no utilizada de sus caudales, al pago de una patente a beneficio fiscal. En caso que el titular del derecho no pague la patente en el plazo fijado, se dispone el inicio de un proceso judicial de cobro, el cual podría derivar en el remate del derecho de aprovechamiento en cuestión.

ii) El art.140 N°6 CA incorpora un requisito que no es muy coherente con este principio de libertad revisado, ya que para los casos en que se solicite un derecho por sobre un determinado volumen de agua, se requiere acompañar una memoria explicativa en la que se señale la cantidad de agua que se necesita extraer, según el uso que se le dará. La idea de esta memoria es que el solicitante explique por qué quiere los derechos de aprovechamiento, en qué fin los pretende

utilizar y que justifique el volumen solicitado; esta memoria tiene valor de declaración jurada.

Lo anterior no tiene sentido a la luz del principio de libertad de uso, ya que el solicitante puede cambiar el destino que le quiere dar a las aguas y, además, ningún uso se privilegia sobre otros; por lo tanto, parece que no habría razón para imponer esta exigencia. Aquí el legislador, entonces, se aparta de este principio y con la reforma del año 2005 se incluye este numeral para que la DGA cuente con una herramienta para evitar la especulación con los derechos de aprovechamiento.

3°) *Libre transferibilidad de los derechos de aguas y funcionamiento de los mercados de aguas.* Una vez constituidos o reconocidos, los derechos de aprovechamiento se rigen por las normas del tráfico jurídico privado. En esa línea, pueden transferirse, transmitirse, gravarse, etc., aplicándose en todos esos supuestos las normas civiles (art.21 CA).

El legislador chileno, a partir de 1979, y especialmente desde 1981 (dictación del DL N°2.603 y CA, respectivamente), decidió otorgar libertad de acceso en la creación y transferencia de los derechos de aprovechamiento, pensando que con ello bastaba para que operara un mercado¹². La obtención de estos objetivos los quiso conseguir la legislación reforzando la protección y el contenido sustantivo de los derechos de aguas; estableciendo su libertad de transacción, conjunta o separadamente de la tierra, y permitiendo a los titulares el libre uso y destino del recurso. Así, el titular del derecho de aprovechamiento puede separar el agua del terreno en que se estaba usando primitivamente; esto es, puede transferir libremente su derecho, en forma separada de la tierra, para que el nuevo titular pueda utilizar las aguas en cualquier otro sitio de la cuenca, sin perjuicio de las autorizaciones que deberán obtenerse de modo previo.

4°) *Creación y transferibilidad de los derechos de aguas.* A consecuencia de su uso cada vez más intensivo, el agua se va haciendo también más escasa. Surgen desde el Derecho nuevos conceptos, para permitir usos compartidos con nuevos usuarios, como los derechos no consuntivos (para aprovechar aún más las corrientes de aguas y hacer compatibles las actividades agrícolas con la hidroelectricidad, por ejemplo).

Un hecho natural, la sequía, ha dado origen, por ejemplo, en nuestra tradición decimonónica, al concepto de derechos de “ejercicio eventual” (esto es, derechos que sólo se ejercerán cuando no hay sequía). Esta evolución es concordante con el objetivo del Derecho de Aguas, que es

¹² ¿La nueva legislación, ha sido sólo una cuestión formal, o ha tenido una repercusión práctica en la distribución, eficiencia de uso y costos del agua? En otras palabras: ¿ha operado lo que los economistas llaman “mercado” de los derechos de aguas? Al decir de críticos y defensores del sistema, éste sólo ha operado parcialmente.

posibilitar un mejor y más equitativo uso de un recurso socialmente valioso, que todos consideramos limitado y escaso.

Entonces, el debate actual es sobre la eficiencia del uso de las «mismas» aguas, esto es, lo que la ciencia económica llama “reasignación”: es éste el tema central, económico, jurídico, hidrológico, geográfico actual relativo a las aguas. En otras palabras: poner las aguas al alcance de todos.

Es posible que ante las nuevas necesidades públicas, esto es, del «público», sea necesario construir, técnicamente, un concepto depurado de derecho de aguas, más ligado a la finalidad del sistema (uso efectivo del agua) que a la lógica de acumulación de los bienes privados (acumular riqueza), lo que es positivo siempre y cuando produzca relaciones de equidad buscadas y aceptadas por el Derecho.

5°) *Prohibición de causar perjuicio a derechos de terceros.* Se trata de uno de los lineamientos que cruza toda la legislación de aguas, y que tiene por objeto impedir que los particulares o la autoridad causen algún tipo de daño o menoscabo a otros titulares de derechos de aprovechamiento con sus actuaciones u omisiones.

En este ámbito, entonces, la autoridad administrativa está obligada a denegar todas aquellas solicitudes presentadas en materia de aguas que causen perjuicios a derechos de terceros, los cuales, por su parte, tienen siempre abierta la opción de hacer valer sus intereses y oposiciones ante dicha autoridad.

f) Autogestión de los titulares de derechos de aguas.

Como ha sido brevemente expuesto hasta ahora, la administración de las aguas no se encuentra únicamente en manos de la Administración centralizada en nuestro sistema. Una vez constituidos o reconocidos los derechos de aprovechamiento, las aguas respectivas son gestionadas, manejadas y distribuidas por parte de los propios titulares, reunidos colectivamente en las denominadas “organizaciones de usuarios”. Por lo tanto, hay un verdadero “autogobierno” por parte de estas entidades, las cuales están dotadas de poderosas e importantes potestades que deben ejercer, por cierto, dentro de los márgenes legalmente establecidos. Esta garantía de autogestión se explica en seguida.

4. Organización y funciones administrativas.

La administración de las aguas opera en dos momentos distintos: uno que tiene que ver con el «otorgamiento» del derecho de aprovechamiento de aguas y con el inventario, catastro y control del recurso hídrico, en el cual interviene la DGA; y otro que tiene que ver con la «distribución» efectiva del agua al titular del derecho, en que intervienen las juntas de

vigilancia y las organizaciones de usuarios.

Debido a su condición de recurso escaso, y en consideración a su importancia económica, es que las aguas requieren de una normativa clara que establezca las reglas para su administración y justa distribución entre la gran cantidad de personas que se encuentran habilitadas para utilizarlas en los más diversos proyectos.

La administración centralizada de las aguas ha debido confiarse a órganos de naturaleza administrativa, aunque también se contempla la intervención de los privados en este ámbito. Así, las potestades y atribuciones regulatorias se entregan a dos órganos: por una parte, a la DGA, que se encarga de generar políticas sobre la administración, cuidado y gestión de las aguas; y, por otra parte, existe una organización de usuarios la cual, a pesar de su conformación “privada”, por particulares, y no formar parte de la Administración del Estado, ejerce atribuciones, funciones y potestades que podrían catalogarse de “públicas” en este sector; es el caso de las juntas de vigilancia.

4.1. La Dirección General de Aguas.

La DGA es un órgano técnico de la Administración del Estado muy relevante en materia de aguas, y que como servicio público depende directamente del Ministerio de Obras Públicas.

a) *Potestades de la DGA.* Básicamente, la DGA ejerce las siguientes atribuciones/funciones:

i) Constituir (crear) los derechos de aguas;

ii) Ejercer la policía y vigilancia del recurso, contexto en que autoriza la construcción de obras hidráulicas. Además, puede autorizar las modificaciones de las obras de captación, o cambiar el lugar en que ellas se encuentran;

iii) Ejercer supervigilancia sobre las organizaciones de usuarios;

iv) Planificar el desarrollo general del recurso, formulando recomendaciones para su aprovechamiento;

v) Llevar el catastro público de los derechos de aprovechamiento de aguas.

b) *Limitaciones de la DGA.* A pesar de la importancia de dicho órgano, y de sus numerosas atribuciones de carácter reglado y discrecional, su actuación también tiene varias limitaciones:

i) No puede introducirse en la distribución de las aguas (que se realiza en forma descentralizada por las organizaciones de usuarios);

ii) No puede intervenir en la resolución de conflictos de aguas (que se solucionan, antes que nada, por las propias organizaciones de usuarios o por los tribunales de justicia);

iii) No puede introducirse en las transacciones de derechos de aguas que se llevan adelante libremente entre los usuarios; aun cuando ellas pudiesen producir «externalidades» -esto es, perjuicios a terceros o al entorno- que sean resultados no esperados en la adecuada «asignación del recurso», y que no estén previstos por los actores de la respectiva transferencia.

4.2. Las juntas de vigilancia.

Por otra parte, en la «función pública» de administrar las aguas se encuentran las juntas de vigilancia, que son organizaciones conformadas por particulares, esto es, por todos los titulares de derechos de aguas que, de cualquier forma, aprovechen aguas superficiales o subterráneas de una misma cuenca u hoya hidrográfica.

La importancia del rol que ocupan las juntas de vigilancia en la administración de las aguas se ve fortalecido por las pocas atribuciones directivas u ordenadoras que respecto de ellas tiene la DGA, pues sólo en casos de «extraordinaria sequía» o de faltas o abusos graves en la distribución de las aguas o en el manejo financiero de la organización, la DGA puede suspender transitoriamente las atribuciones o intervenir a las juntas de vigilancia.

Sin perjuicio de lo anterior, no obstante su carácter de organización privada o particular, éstas tienen poco margen para que sus miembros puedan acordar en sus estatutos las normas que estimen pertinentes, pues el CA las configura con bastante precisión.

Respecto a las funciones u objetivos que la ley les encomienda a las juntas de vigilancia, cabe hacer una distinción:

a) *Las juntas de vigilancia cumplen una función pública.* En primer lugar, las juntas de vigilancia ejercen una «función pública», que se manifiesta en la administración de las aguas, la cual, si bien en cierto modo comparten con la DGA, en estos casos se encuentra acotada territorialmente a la cuenca u hoya hidrográfica donde ejercen jurisdicción.

En este sentido, uno de los objetos de las juntas de vigilancia, que establece expresamente el CA, es administrar y distribuir las aguas a que tienen derecho sus miembros. Sin embargo, el concepto de administración excede a las aguas a que tienen derecho sus miembros. Esto se debe a que, en esta situación, administrar significa «gobernar, regir, cuidar», razón por la cual a las juntas de vigilancia les corresponde la facultad y obligación de regir y cuidar no sólo las aguas a que tienen derecho sus miembros, sino que velar por los cauces naturales que se encuentran bajo su jurisdicción. En la práctica, la administración que llevan a cabo las juntas de vigilancia se traduce en determinar de cuánta agua dispone la cuenca hidrográfica, velar por la conservación de dicha

cuenca, determinar la forma en que será distribuida el agua y resolver, preventivamente y antes de su judicialización, los conflictos que de ello se deriven.

Esta idea es reafirmada por una serie de facultades que otorga el CA a este tipo de organización de usuarios: mantener estadísticas de los caudales de la cuenca; incorporar *ipso jure* a su jurisdicción los derechos que se constituyan o reconozcan/regularicen; vigilar por la conservación de los cauces; declarar la escasez de las aguas en los cauces naturales que administra y determinar las medidas extraordinarias de distribución, cuando corresponda; impedir que se extraigan aguas sin título o en mayor cantidad a las que se tenga derecho; entre otras.

b) Distribución de las aguas de la fuente pública. Por otra parte, debido a la composición de las juntas de vigilancia, y a su amplia jurisdicción en toda o una sección de una cuenca hidrográfica, éstas deben ejercer una función muy relevante: la «distribución» del recurso, lo que en la práctica implica simplemente repartir las aguas que son conducidas por la corriente natural bajo su jurisdicción entre todos los interesados que tienen derechos de aprovechamiento constituidos o reconocidos en el cauce natural, en cantidad y proporción correspondiente a los mismos. Y, además, velar por que dichas cantidades y proporciones sean respetadas.

En este sentido, las juntas de vigilancia pueden construir obras relacionadas con su objeto o mejorar las existentes, debiendo para ello contar con la autorización de la DGA, y, respecto de esas mismas obras, tienen la facultad y obligación de «explotarlas» para obtener su mayor rendimiento y utilidad. Asimismo, tienen el deber de «conservar» dichas obras, por lo que puede afirmarse que a las juntas de vigilancia les corresponde la obligación de mantener y cuidar las obras de aprovechamiento común en la corriente natural, con lo que se logra que sus miembros obtengan un aprovechamiento integral y pacífico de las aguas a que tienen derecho.

4.3. Las restantes organizaciones de usuarios.

En una categoría jurídica muy distinta a las juntas de vigilancia se encuentran las comunidades de aguas y las asociaciones de canalistas; a pesar de que a todas ellas se las denomina genéricamente “organizaciones de usuarios”.

La principal diferencia entre esta categoría y la desarrollada en el apartado anterior es el deber de velar por el interés general de una cuenca, que sólo concurre en el caso de las juntas de vigilancia, ya que en las restantes hipótesis se convierte en velar sólo por los intereses de los miembros que conforman dichas organizaciones, las cuales surgen a partir de la existencia de una obra hidráulica de propiedad y aprovechamiento común. De ahí que estas últimas tengan una mayor similitud con las comunidades en general, que las juntas de vigilancia.

Las organizaciones de usuarios de aguas pueden ser definidas como “aquellas entidades, sin fines de lucro, con personalidad jurídica, reguladas principalmente en el CA y que tienen por objeto, fundamentalmente, administrar las fuentes o cauces de aguas, según el caso, sobre los cuales ejercen competencia y/o las obras a través de las cuales ellas son captadas, almacenadas y/o conducidas; distribuir y, excepcionalmente, redistribuir, las aguas entre sus miembros; y resolver determinados conflictos entre éstos entre sí o entre éstos y la propia organización”.

a) *Objetivos*. Los principales objetivos de toda organización de usuarios son:

i) Administrar las fuentes o cauces naturales o artificiales, en supuestos de aguas superficiales, o la napa, tratándose de aguas subterráneas, sobre los cuales ejercen competencia y/o las obras a través de las cuales ellas son captadas, almacenadas y/o conducidas;

ii) Distribuir y, excepcionalmente, redistribuir, las aguas entre sus miembros;

iii) Resolver los conflictos que puedan suscitarse entre los distintos miembros de la respectiva organización de usuarios o entre ésta y alguno de sus miembros, relativos a la repartición de aguas o al ejercicio de los derechos que tengan como integrantes de ella.

Cabe destacar que todas estas atribuciones u objetivos tienen como únicos destinatarios los miembros que conforman y, en ningún caso, protegen otro interés público. A mayor abundamiento, no necesariamente un nuevo derecho pasa a formar parte de la organización de usuarios respectiva, en el caso de asociaciones y comunidades, sino que debe hacerlo convencionalmente, sin que pueda ser obligado a hacerlo, dado que el particular puede decidir el ejercicio de su derecho de aguas en otra obra hidráulica. En el caso de las juntas de vigilancia ello es distinto, pues éstas tienen jurisdicción en una cuenca o parte de una cuenca, y ningún usuario puede eludir esta función pública.

Por lo tanto, el CA considera a las juntas de vigilancia y a las asociaciones y comunidades como organizaciones de usuarios, dado que todas ellas están integradas por los usuarios; pero no debe olvidarse la naturaleza pública de la función de las juntas de vigilancia de frente a la naturaleza privada (que sólo cuida los intereses de sus integrantes) de las comunidades de aguas y asociaciones de canalistas.

Respecto de los usuarios de las aguas, éstos pueden ser individuales o bien colectivos, según si la obra de captación que recibe las aguas directamente del río es de propiedad de una persona, de varias o de una asociación. Por ello, cuando la obra de captación es de propiedad de más de una persona, se entiende que existe una organización de usuarios, siendo la respectiva obra de captación de propiedad y uso

común.

b) Tipos de organizaciones de usuarios. Las organizaciones de usuarios (originadas en la propiedad o uso de una obra común) son:

i) Comunidades de aguas. Son las más extensamente reguladas en el actual CA. Básicamente son una situación de hecho que se da cuando dos o más personas, naturales o jurídicas, tienen derechos de aprovechamiento en las aguas de un mismo canal o embalse, o aprovechan las aguas de un mismo acuífero.

Por lo tanto, serán comuneros todas aquellas personas que utilicen tal obra, que, por tal hecho, es común. La competencia de la comunidad se extiende hasta donde exista comunidad de intereses, aunque sólo sea entre dos comuneros.

La comunidad de aguas es un supuesto fáctico; sin embargo, no basta este solo hecho jurídico para que estemos frente a una comunidad de aguas como organización de usuarios regida por el CA, pues para ello se requiere, además, que los comuneros reglamenten la comunidad que existe entre ellos según lo prescrito en el mencionado texto normativo.

Por otra parte, si bien no existe ninguna obligación de que los comuneros se organicen, existen dos vías para hacerlo: por escritura pública suscrita por todos los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas que se conducen por la obra común; o bien, judicialmente.

Las comunidades de aguas están reconocidas como tales en el art.187 del CA, y la ley se refiere a las principales finalidades de las mismas: «administración de los canales, y distribución de las aguas» (art.200 CA). La ley reconoce la división de los derechos de los comuneros en «acciones» (arts.198 N°4, 202 inc.2, 205, 222 inc.1 CA), y, de acuerdo a lo anterior, acepta expresamente que las aguas sean distribuidas entre tales accionistas a «prorrata» de sus «acciones» (derechos que son equivalentes a acciones), o por turnos.

La comunidad básica recae en la respectiva obra de captación ubicada en el río, y en el «canal» matriz, esto es, las obras a través de las cuales se captan y conducen las aguas de cada «accionista»; obras que seguramente se construyeron en común, es decir, con aportes comunes. Por tales obras y canal común es que cada usuario capta y conduce la «cantidad de aguas» que habitualmente usa en predios de su propiedad.

Por lo tanto, estas organizaciones tienen como primer objetivo cuidar y mantener las obras comunes y distribuir el agua a cada asociado o comunero.

ii) Asociaciones de canalistas. Las asociaciones de canalistas ejercen competencia sobre cauces artificiales de aguas superficiales, y tienen por objeto “tomar las aguas del canal matriz, repartirlas entre los titulares de derechos, construir, explotar, conservar y mejorar las obras de

captación, acueductos y otras que sean necesarias para su aprovechamiento”. En este sentido, su objeto es idéntico al de las comunidades de aguas.

En este caso, la obra de captación es de propiedad de la asociación, y es para el uso de sus asociados. Las asociaciones de canalistas se someten a las mismas reglas de las comunidades de aguas (art.258 inc.1 CA), con las cuales comparten idénticas funciones y cumplen los mismos objetivos.

5. *Técnicas de intervención (procedimientos concesionales o autorizacionales).*

5.1. *Calificación legal de las aguas en Chile.*

A raíz de la declaración estatal que confiere a las aguas el carácter de bien público (arts.5 CA y 595 CC), durante toda nuestra vida republicana todo uso privativo de las aguas por los particulares debe necesariamente ser concedido por el Estado: éste otorga a los particulares una «concesión o merced de aguas», de la cual nacen «derechos de aprovechamiento de aguas». Esta es la regla legal y teórica: no debieran existir usos válidos sin previa concesión; aun cuando, como veremos, en Chile un gran porcentaje de los usos de agua legítimos, se han originado, desde el siglo XIX, en prácticas consuetudinarias, de apropiación privada por ribereños o canalistas, quienes hoy no tienen título concesional alguno que exhibir (y deben «regularizar» su derecho). Ésta es una realidad que, como veremos, ha de enfrentar la legislación vigente.

Señalado ello, cabe precisar que las aguas están puestas por el ordenamiento jurídico en una situación excepcional y han sido consideradas «bienes nacionales de uso público», o dicho de otro modo, han sido excluidas de la apropiación directa por parte de los particulares. Y precisamente a partir de ello surge una de las principales formas de intervención administrativa en materia de aguas: los derechos de aprovechamiento de aguas sólo pueden ser constituidos o reconocidos por el Estado.

5.2. *Contenido y características esenciales de los derechos de aprovechamiento de aguas.*

Cuando se habla de «derechos de aprovechamiento de aguas» se habla de una potencia jurídica, de una posibilidad jurídica, de un ámbito o poder jurídico entregado a un particular. De eso se tratan los derechos en definitiva. En materia de aguas, esa potencia jurídica se manifiesta por la posibilidad que tiene una persona, natural o jurídica, de usar una

determinada cantidad de aguas, para los fines que estime convenientes, de acuerdo con las características de su título.

Se aprecia que este «derecho de aprovechamiento» va siendo dotado cada vez más de un poderoso estatuto privado, de cierta intangibilidad de frente al Estado. Y ello ha hecho decir a algunos que ocupa «un lugar intermedio entre propiedad privada y concesión administrativa». En todo caso, es una titularidad jurídica difícil de describir, por la especial condición de su objeto.

Antes de revisar las diferencias entre los distintos tipos de derechos de aprovechamiento de aguas que consagra nuestro ordenamiento actualmente, conviene detenernos un segundo para analizar las principales características que presentan estos derechos y cuáles son las menciones mínimas que deben contener sus títulos.

A partir del CA de 1981, la legislación exige claramente que todos los títulos de aguas que se constituyan a partir de ese momento (véase art.149 CA) deben señalar, entre otros, los siguientes aspectos o características esenciales:

a) El caudal. En la nueva legislación, el caudal o cantidad de agua que se asocia a cada derecho se mide en volumen por unidad de tiempo, según lo establece el art.7 CA. Así, en todos los títulos creados a partir del año 1981 se tiene que señalar el caudal de cada derecho en esta unidad fija. Esta exigencia es sin perjuicio de la autorización que el art.268 CA otorga a las juntas de vigilancia para que distribuyan las aguas dividiendo el caudal en «acciones».

b) Consuntividad o no consuntividad (arts.13, 14 y 15 CA). Se debe explicitar si el titular puede consumir o no completamente las aguas que extrae de la fuente natural; o, dicho en otras palabras, si el derecho es «consuntivo» o «no consuntivo».

Los usos consuntivos son aquellos que permiten extraer el agua de la fuente natural y consumirla completamente en cualquier actividad; los usos no consuntivos, en cambio, son aquellos que permiten utilizar las aguas sin consumirlas y obligan a su titular a restituir las a la fuente natural (por ejemplo, para generar electricidad).

c) Permanencia o eventualidad (arts.16, 17 18 CA). Se debe señalar si el agua se puede utilizar siempre, aun en período de sequía, o no; en otras palabras, si el derecho es «de ejercicio permanente» o «de ejercicio eventual».

Los titulares de derechos de ejercicio permanente pueden utilizar las aguas siempre, aun en período de sequía; entendiéndose por «sequía» aquella situación en que la fuente de abastecimiento (río) no contiene la cantidad suficiente para satisfacer en su integridad a todos los derechos de ejercicio permanente.

Cada vez que hay sequía y el río ofrezca menor dotación que la normal, los titulares de derechos de ejercicio eventual no tienen derecho a usar agua; por lo tanto, no tienen derecho a entrar al turno, quedando fuera de

ellos.

d) Continuidad, discontinuidad o alternancia (art.19 CA). Respecto a cada derecho debe señalarse la continuidad con que se puede ejercer, es decir, indicar si las aguas se pueden usar en forma «continua» (todos los días del año, o todas las horas del día); de manera «discontinua» (durante algunas horas del día o algunos días o meses del año); o, en fin, de manera «alternada» entre dos o más personas.

De acuerdo a lo ya sostenido, los derechos de aprovechamiento de aguas, a partir de 1981, para existir, deben ser creados por una resolución del Director General de Aguas, dictada conforme lo señala el CA, que formalmente constituya el derecho y señale su contenido y características esenciales, la que debe reducirse a escritura pública, inscribirse y catastrarse. Por lo tanto, todo derecho de aprovechamiento de aguas constituido a partir de 1981 debiera estar inscrito en el Registro de Propiedad de Aguas a cargo de los Conservadores de Bienes Raíces. Asimismo, a partir del año 1998 se encuentra particularmente regulado el Catastro Público de Aguas, registro administrativo en que debe figurar toda la información relativa a las aguas (y a los derechos de aprovechamiento constituidos o reconocidos sobre ellas), y que se encuentra a cargo de la DGA.

No obstante lo expuesto, debe aclararse que las inscripciones de los títulos de aguas son más que nada una garantía y prueba de la posesión. Si esa posesión está unida a un título, es regular. La inscripción es, entonces, una garantía probatoria, y no tiene una estrecha relación con la existencia misma del derecho. La inscripción cumple un rol de certeza jurídica, pues no es el requisito de existencia de los derechos: para que exista un derecho de aprovechamiento de aguas es necesario que haya sido constituido o reconocido.

La inscripción en este momento no es obligatoria en general, y es perfectamente posible – y de hecho, así ocurre en una importante cantidad de casos – que existan derechos de aprovechamiento de aguas que no estén inscritos, pues la ley, si bien es imperativa, no establece sanción para su incumplimiento. De hecho, si los derechos no están inscritos, el trámite de inscripción puede hacerse en cualquier momento, pues no hay plazo para ello.

5.3. *Tipología de los derechos de aprovechamiento de aguas.*

El sistema del Derecho de Aguas vigente, establecido en virtud del DL. N°2.603 de 1979, de la CPR de 1980 y del CA de 1981, consagra el sistema concesional de los derechos de aguas, en atención a la calidad de bienes nacionales de uso público que éstas detentan. Estos derechos gozan de una amplia protección, de un marco jurídico especial y pueden ser libremente transferidos; sin embargo, el esquema legislativo

iniciado en 1979-1981 ha sufrido algunas modificaciones con posterioridad.

Si ha de hacerse una tipología, una clasificación de los derechos de aprovechamiento de aguas, tenemos que partir por describir los dos tipos que establece el ordenamiento, según su origen, distinguiendo entre los derechos de aguas “constituidos” o concesionales (que nacieron de una concesión) y los derechos de aguas “reconocidos” (que nacieron del uso fáctico, de una especial situación, o de su reconocimiento por la legislación).

a) Los derechos de aprovechamiento de aguas «constituidos».

El derecho de aprovechamiento de aguas, o uso legítimo, que en primer lugar debemos mencionar es aquel que surge de una concesión de aguas. Los derechos de aprovechamiento de aguas “constituidos” o concesionales son aquellos que han surgido de una concesión, de un «acto de autoridad»; o sea, que han sido autorizados en virtud de un acto constitutivo de la Administración.

Para su estudio, cabe distinguir, por los cambios legislativos producidos en este ámbito, aquéllos derechos constituidos a partir de la entrada en vigencia del CA 1981, de aquéllos constituidos antes de tal fecha.

i) Derechos de aguas constituidos a partir de 1981. Estos derechos deben ser constituidos por medio de una resolución dictada por el Director General de Aguas que contenga todas las menciones que establece el art.149 CA. Esta resolución es el resultado de un procedimiento administrativo especial que se regula extensamente en el mismo cuerpo legal, según estudiaremos más adelante.

ii) Derechos de aguas constituidos antes de 1981. Los derechos de aprovechamiento de aguas nacidos a partir de mercedes (concesiones) otorgadas por autoridad competente antes de 1981, subsisten en la medida en que estuvieren asociadas a un uso efectivo de las aguas respectivas, sujetándose su ejercicio a las normas de la nueva legislación (arts. 310 y 311 CA).

Estos derechos, normalmente, no contienen en sus títulos toda la información que se exige a los títulos nuevos, de manera que deben «perfeccionarse» en virtud de un procedimiento judicial brevemente referido y regulado en los arts.44 a 46 del Reglamento del Catastro Público de Aguas.

b) Los derechos de aprovechamiento de aguas «reconocidos».

Trátase de situaciones de hecho, respecto de las cuales normalmente no existe (y no es necesario) un acto de autoridad. Tales derechos surgen jurídicamente a partir del reconocimiento contenido en la ley. Es decir, estos derechos nacen como tales en cuanto la legislación, el ordenamiento

jurídico, reconoce la legitimidad, especialmente, del uso consuetudinario de las aguas.

Hoy, jurídicamente, estos derechos reconocidos tienen una protección idéntica a la de los derechos constituidos o concesionales, en virtud de la dictación de la CPR, que los ha puesto en un pie de igualdad con los demás derechos de aguas concesionales, dándoles la misma protección (art.19 N°24 inciso final CPR). Entonces, la CPR realiza esta clasificación con el objetivo de prestar su protección a los dos tipos de derechos de aprovechamiento de aguas que consagra: constituidos y reconocidos.

Son derechos de aguas reconocidos: los usos consuetudinarios; los que llamamos usos mínimos o limitados; y, en fin, otras situaciones que reconoce la legislación vigente.

i) Los usos consuetudinarios de aguas reconocidos como derechos por la ley.

1° El uso tradicional e inmemorial de las aguas. Hay situaciones de usos de agua que son de hecho, que los han realizado las personas durante largos años, sin un título concesional previo; y el derecho tiene que enfrentar esa realidad. ¿Cuáles son los usos legítimos? En principio, a raíz de la publicación que opera sobre las aguas, sólo debieran ser legítimos los usos de aguas que realizan los privados en virtud de una concesión. En teoría, los privados solamente debieran utilizar las aguas en los casos en que el Estado haya manifestado previamente la voluntad, a través de una concesión o merced de aguas, de otorgarles un derecho. Pero ésta es sólo la teoría, y siempre se han producido en los hechos, de facto, usos no concesionales, que podríamos sentirnos tentados a tildar de ilegítimos.

Por la generalidad de ese uso y por la forma equitativa en que todos esos usuarios se reparten el agua, se va gestando una costumbre. Y esa costumbre se va llevando a cabo tradicionalmente por todas las personas con una conciencia de que es legítima; incluso, con una regulación pacífica de tales usos consuetudinarios, cuyas aguas son obtenidas a través de obras hidráulicas construidas en común, y administradas por organizaciones comunitarias, organizaciones que luego son reconocidas por la legislación.

Poco a poco, por su generalidad, estos usos van siendo reconocidos y el ordenamiento jurídico los va acercando a la categoría de los legítimos y borra su conexión con la ilegitimidad, otorgándoles la categoría de “reconocidos”. En definitiva, los reconoce como legítimos, y representan una parte mayoritaria de los derechos de aguas existencias actualmente en Chile¹³.

2° Estatuto legal y constitucional de los usos consuetudinarios de aguas. El estatuto legal de los derechos consuetudinarios se encuentra,

¹³ RIVERA 2013, p. 9.

en primer lugar, en el art.7 del DL. N°2.603 de 1979, que dispone:

“Se presumirá dueño de derecho de aprovechamiento a quien lo sea del inmueble que se encuentre actualmente utilizando dichos derechos.

En caso de no ser aplicable la norma precedente, se presumirá que es titular del derecho de aprovechamiento quien se encuentre actualmente haciendo uso efectivo del agua”.

En seguida, la CPR señala, en su art.19 N°24 inciso final, que:

“Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”.

Esta “propiedad”, entonces, alcanza a estos derechos consuetudinarios (que son “reconocidos”).

En fin, el art.2 transitorio CA establece el mecanismo legal de «regularización» de tales usos.

En este contexto, cabe señalar que el objetivo del DL N°2.603, dictado en 1979, fue: «iniciar el proceso de normalización de todo cuanto se relaciona con las aguas y sus diferentes formas de aprovechamiento». Se comenzó por reforzar el estatuto garantizador de los derechos de aguas, otorgando a sus titulares «propiedad sobre el derecho».

¿Qué interés tiene recordar esta historia? Sirve para comprender el alcance de la clasificación constitucional en virtud de la cual se distingue entre los derechos de aguas “reconocidos”, por una parte, y los derechos de aguas “constituidos”, por otra; y, además, para comprender su estrecho vínculo con el art.7 del D.L. N°2.603 de 1979 y demás artículos del actual CA, que reconocen otros tipos de derechos reconocidos (como por ejemplo los arts.20 y 56), y con los arts.1, 2 y 5 transitorios CA, que establecen procedimientos regularizadores.

En el fondo, en el art.7 DL. N°2.603 encuentra su fundamento el procedimiento de regularización de derechos de aguas consuetudinarios. Tal artículo, además de establecer una poderosa presunción de «dominio del derecho de aprovechamiento de aguas», es el origen del «reconocimiento» de los usos consuetudinarios de aguas, y es central para comprender el espíritu del procedimiento de regularización establecido en el art.2 transitorio CA.

Ninguna duda puede haber con respecto a la actual vigencia del art.7 DL N°2.603, de 1979. Este artículo tiene mucha fuerza, en su carácter de presunción de titularidad de derechos de aprovechamiento de aguas.

Entonces, recapitulando, cabe precisar que los derechos de aguas consuetudinarios que no están inscritos, por esta falta de inscripción no adolecen de problemas de existencia, sino de un mero problema de falta de formalización registral, lo cual no implica la inexistencia del derecho. Es un derecho sobre el cual se tiene “propiedad”, y que precisamente por ello debe ser “reconocido”.

De hecho, la jurisprudencia ha señalado, en sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago, de 18 de julio de 1991, y luego confirmada por la Corte Suprema, lo siguiente:

“El D.F.L. n° 1.122 (actual CA) fue dictado por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades delegadas establecidas en el D.L. n° 2603 de 1979, y un Decreto con Fuerza de Ley no puede ir más allá de la ley en virtud de la cual se dicta; es así que este D.L. n° 2.603 tiene la especial disposición de su artículo 7° [...], de cuya infracción se puede recurrir de amparo (art.181 CA), por lo que no es dable aceptar que habiendo reconocido [el art.7 DL. n° 2.603] el derecho de aprovechamiento a los propietarios de los inmuebles [...], no se puede pasar a llevar ese derecho [...]”.

Con esta sentencia, se produce una reafirmación en cuanto a la importancia de la presunción de existencia de derechos de aguas contenida en el art.7 DL n° 2.603, y a la fuerza superlativa de esta presunción «de dominio», como señala el fallo.

ii) Los usos mínimos o limitados reconocidos como derechos por la ley.

Son usos que la misma legislación reconoce, de principio, permitiendo que las personas los realicen directamente, sin necesidad de especial autorización o concesión. Si el ordenamiento jurídico los impidiera, se produciría un entramamiento incomprensible de la vida en sociedad. Así, hay ciertos usos que quedan amparados por una cláusula general de permisividad; trátase de ciertos «usos mínimos».

Ahora, hay cierta progresión; existen usos que, gradualmente, van dejando de ser mínimos y la ley, si bien los reconoce, los limita. Así, hay algunos usos mínimos que están reconocidos por el Derecho como privados, que presumiblemente no afectan al uso de otras personas de las mismas aguas. Estos son derechos que la ley reconoce por ella misma, por su sólo imperio; a tales poderes jurídicos los llamamos derechos *ipso jure*.

Es el caso de los pozos domésticos; de las aguas que nacen, corren y mueren en una misma heredad; de los lagos menores; y de las aguas halladas en las labores mineras. Respecto de ellos, en todo caso, cabe establecer límites.

1° Pozos domésticos. La posibilidad de construir o cavar un pozo artesiano, o un pozo para sacar agua subterránea, para la bebida de la familia, de las personas, está autorizada expresamente en el art.56 inc.1° CA. Son usos mínimos, que nadie podrá impedirlos, pero son limitados, ya que únicamente se pueden utilizar estas aguas para uso doméstico.

Existe una regulación para la explotación de las aguas subterráneas, que establece, por ejemplo, áreas de protección; es necesario verificar si esos usos mínimos pueden afectar el ejercicio de otros derechos de aguas subterráneas.

2° Aguas que nacen, corren y mueren en una misma heredad. Se refiere a las aguas que nacen, corren y mueren en una misma

propiedad. Reconoce este derecho el art.20 CA. No necesita una concesión de aguas aquella persona que desea aprovechar ese hilo de agua que nace en una quebrada de su propiedad, que corre por su propiedad, y que luego muere, o se infiltra nuevamente o se seca en alguna vega o en algún sitio de tal propiedad.

3° *Lagos menores*. Tal derecho surge «por el sólo ministerio de la ley» y se refiere al uso de las aguas de un lago menor, que está rodeado por tierras que pertenecen a un solo dueño.

Lago menor es aquel que no es navegable por buques de más de 100 toneladas. Se trata de un lago privado: tanto el terreno del fondo del lago (lecho) como el agua que contiene ese lago son privados.

4° *Aguas halladas en las labores mineras*. De acuerdo con la ley (arts.56 CA y 110 CM), corresponde a los concesionarios mineros el uso de las aguas halladas en las labores mineras, en la medida en que sean necesarias para los trabajos de exploración, explotación y beneficio de los minerales, y mientras se desarrollen tales trabajos. Son reconocidos «por el sólo ministerio de la ley», pero limitando su uso a las necesidades y a la subsistencia del título del concesionario minero.

5° *Límites a los usos mínimos*. Si bien éstas son reglas muy antiguas del Derecho, pueden llegar a producir problemas en las cuencas hidrográficas y entrar en conflicto con otros usuarios de las aguas. El Estado ya ha manifestado previamente su voluntad autorizando tales usos mínimos o limitados por medio de un reconocimiento legal: por el sólo ministerio de la ley. Pero, en todo caso, debemos comprender que estas reglas fueron establecidas antes de que nosotros tuviésemos un gran conocimiento técnico de los acuíferos subterráneos y de su relación con las corrientes superficiales de aguas. Por tal razón, a estos derechos reconocidos por la ley, preferimos calificarlos como usos “mínimos” o “limitados”, y no como usos «privados», porque en la medida en que dejen de ser usos mínimos y afecten derechamente el aprovechamiento de otros titulares dentro del ciclo hidrológico, ya no debieran tener el reconocimiento ni la protección del Derecho.

iii) *Otros usos y derechos reconocidos por la ley*. Existen otros usos de aguas o derechos que la ley vigente reconoce como derechos de aprovechamiento de aguas. Es lo que ocurre con los siguientes usos o derechos, según los casos:

1° Aquellos adquiridos por el sólo ministerio de la ley, por aplicación de las Leyes N°15.020 o N°16.640, de 1967.

2° Aquellos “constituidos” (más bien reconocidos) a favor de las comunidades agrícolas por el art.54 bis DFL N°5 de 1968, respecto de sobrantes en aguas corrientes.

3° Aquellos reconocidos a favor de las comunidades indígenas por el art.64 de la Ley N°19.253 de 1993, sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas.

Todos estos derechos así reconocidos carecen usualmente de

formalización o inscripción, a menos que los titulares, voluntariamente, hayan procedido a efectuarla, mediante las vías de los arts.1, 2 ó 5 transitorios CA.

No obstante, es perfectamente posible que derechos reconocidos estén inscritos, por la vía de la regularización, aunque la mayor cantidad de los ellos no tiene ninguna inscripción, al menos directa. A veces están inscritos por la vía indirecta de organización de una comunidad de aguas.

5.4. *Procedimiento concesional de los derechos de aprovechamiento de aguas.*

Dicho procedimiento se encuentra regulado, principalmente (más no exclusivamente), en los arts.130 y ss. CA; y, en particular, en los arts.140 y ss. CA.

Ello, sin perjuicio, evidentemente, de algunas garantías constitucionales implícitas en dicho procedimiento, como por ejemplo, el derecho a un procedimiento racional y justo (art.19 N°3 CPR); el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen (art.19 N°21 CPR); la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así (art.19 N°23 CPR), como es el caso de las aguas (que son bienes nacionales de uso público, a diferencia del derecho de aprovechamiento de aguas, que sí es susceptible de propiedad privada); y, el derecho de propiedad sobre el respectivo derecho de aprovechamiento de aguas (art.19 N°24 inc. final CPR).

Las autoridades que están facultadas para constituir originariamente derechos de aprovechamiento de aguas, son, por regla general, el Director General de Aguas, funcionarios de su dependencia o quienes obren en virtud de una delegación que el Director les haga en uso de las atribuciones conferidas por ley; y, en forma excepcionalísima, el Presidente de la República.

a) Requisitos que deben concurrir para constituir un derecho de aprovechamiento de aguas. El CA vigente opta por un sistema que elimina casi todo margen de discrecionalidad por parte de las autoridades competentes, para los fines de determinar si constituyen o no el derecho de aprovechamiento que les ha sido solicitado.

Establece el CA que la constitución de los derechos de aprovechamiento se sujetará al procedimiento establecido y regulado en el párrafo 2° del título I, del Libro II del CA. Así, el procedimiento concesional es un procedimiento reglado, lo que tiene especial importancia en relación a las facultades que detenta la DGA.

El art.141 inciso final CA establece: “*Si no se presentaran oposiciones dentro de plazo se constituirá el derecho mediante resolución de la Dirección General de Aguas, siempre que exista disponibilidad del recurso y fuere legalmente procedente. En caso contrario denegará la solicitud*”.

Entonces, en el proceso correspondiente se comprueba la disponibilidad de aguas, la ausencia de perjuicio a terceros y si la solicitud es legalmente procedente. Si se cumplen estos tres requisitos, que son copulativos, el derecho respectivo debe constituirse.

Los derechos de aprovechamiento se constituyen en «fuentes de abastecimiento», los cuales son acopios de agua en estado natural.

i) La disponibilidad del recurso. Comprende tanto la disponibilidad física como la jurídica. La primera alude, por así decirlo, a la existencia material de las aguas, en tanto que la segunda se refiere a la posibilidad de constituir derechos de aprovechamiento en una determinada fuente de abastecimiento en virtud de existir todavía en ella aguas que no están comprometidas o asociadas a derechos previamente constituidos o reconocidos (ya sea que estén o no regularizados).

ii) Que no se perjudiquen ni menoscaben derechos de terceros. La DGA deberá denegar una solicitud de nuevos derechos de aprovechamiento de aguas si verifica que de accederse a ella se lesionarán o perjudicarán los derechos de aguas que terceros ya tengan en la misma fuente de abastecimiento. Ello, aun cuando estos terceros no se hayan opuesto en el curso de la respectiva tramitación.

iii) Que la solicitud sea legalmente procedente. Este requisito se refiere a que la petición respectiva contenga todas y cada una de las menciones que exigen el art.140 CA y el Reglamento de Aguas Subterráneas, y que se cumplan a cabalidad todos los trámites que contempla el procedimiento concesional.

b) Infracción de los requisitos anteriores. En el caso que la DGA constituyere derechos con infracción a los requisitos señalados, se generarían las siguientes consecuencias:

i) Responsabilidad de la autoridad competente. Inoponibilidad y nulidad. Las resoluciones en cuestión serían inoponibles a terceros, y, además, podrían, incluso, adolecer de un vicio de nulidad de Derecho público, por haber sido dictadas por la autoridad respectiva excediendo las atribuciones de que legalmente está investida en la materia. Este exceso consiste, justamente, en haberse dictado tales actos administrativos en perjuicio o menoscabo de derechos de terceros, contraviniendo con ello el CA.

ii) Control de juridicidad de las actuaciones de la Dirección General de Aguas por parte de CGR. La DGA es un organismo de la Administración del Estado, según el art.1 LOCBGAE, por lo que sus actos se encuentran sujetos al control de juridicidad por parte de la CGR. De esta forma, la referida infracción podrá ser detectada y enfrentada en esta instancia.

c) *Etapas del procedimiento concesional*. El procedimiento concesional de derechos de aprovechamiento de aguas consta de tres etapas: etapa petitoria; etapa de instrucción y actos trámite; y, etapa resolutive.

i) *Etapa petitoria*. En esta etapa el particular solicita a la autoridad administrativa competente (DGA), la constitución de un derecho de aprovechamiento a su favor. Esta primera etapa se divide en tres partes:

1° *Solicitud*. Debe presentarse en la oficina de la DGA del lugar que corresponda, o ante el Gobernador respectivo.

Los requisitos de la solicitud son esenciales, y el criterio de la DGA, de la CGR y de los tribunales, en su caso, en cuanto a los requisitos de la solicitud de concesión de aguas, ha sido algo estricto. Por lo tanto, la omisión de alguno de ellos hace que la solicitud no sea legalmente procedente. Tales requisitos los enumera el art.140 CA.

2° *Publicación de la solicitud*. Debe efectuarse, a costa del interesado, por una sola vez en el Diario Oficial, los días primero o quince de cada mes, o el primer día hábil inmediato si aquellos fueren feriados, y en forma destacada en un diario de Santiago. Aquellas presentaciones que no corresponden a la Región Metropolitana se deben publicar, además, en un diario o periódico de la provincia respectiva, y, si no lo hubiere, en uno de la capital de la región correspondiente.

La presentación se publicará íntegramente o en un extracto que contendrá, a lo menos, los datos necesarios para su acertada inteligencia. Respecto a esto ha surgido la interrogante sobre cuáles serían los requisitos “no esenciales”, concluyéndose que son:

– Los diversos caracteres relativos a las aguas, como su condición subterránea o superficial, corriente o detenida, pues ello se deduce al citarse el nombre del álveo respectivo.

– El modo de extraer el recurso, requisito que puede deducirse de la sola mención de la fuente de abastecimiento.

Además, la solicitud o extracto se comunicará, a costa del interesado, por medio de tres mensajes radiales. Para tales efectos, la DGA ha elaborado un listado de radioemisoras en que, de acuerdo a la localidad de que se trate, podrán efectuarse las referidas publicaciones.

Cabe señalar, también, que se contempla la posibilidad de decretar la notificación personal de la solicitud, en caso que aparezca de manifiesto la individualidad de la o las personas afectadas con la presentación y siempre que el número de éstas no haga dificultosa la medida. No obstante ello, y tal como la misma disposición en comento lo señala, esta forma de notificación es excepcional y de escasa aplicación en la práctica.

Todas las publicaciones señaladas deben efectuarse dentro del plazo de 30 días contados desde la fecha de la presentación de la solicitud (dicho plazo, por aplicación supletoria de la Ley N°19.880, sobre bases de procedimientos administrativos -LBPA-, es de días hábiles).

3° *Eventual oposición de terceros*. El art.132 CA dispone que la

referida oposición debe presentarse dentro del plazo de 30 días contados desde la fecha de la última publicación o de la notificación, en su caso (plazo que también es de días hábiles).

A su vez, y dentro del quinto día de recibida la oposición, deberá darse traslado de ella al solicitante, para que éste manifieste lo que estime conveniente dentro del plazo de 15 días.

Desde el momento en que existe «oposición» al otorgamiento de una concesión de aguas, se altera la naturaleza jurídica del procedimiento; y aquél procedimiento que era «administrativo» deviene, en cierta forma, en «judicial», pues se resolverá una cuestión o controversia entre partes.

ii) Etapa de instrucción. Tiene por objeto la determinación de los hechos en que se fundamentará la resolución de la DGA, o el Decreto del Presidente de la República, en su caso, por medio de la cual se concederá o denegará el derecho de aprovechamiento solicitado.

Asimismo, en esta etapa se estudian los antecedentes con el objeto que el acto administrativo terminal se encuentre debidamente fundado. Para tales efectos, la DGA podrá, de oficio o a petición de parte, y mediante resolución fundada, decretar pruebas de inspección ocular e informes periciales.

Cabe precisar que si dentro de los seis meses siguientes a la presentación de la solicitud original se presentan dos o más solicitudes sobre las mismas aguas, y no existieren recursos suficientes para satisfacer todos los requerimientos, la DGA citará a un remate de los mismos. En este remate puede participar el Estado, y por “circunstancias excepcionales y de interés general”, puede constituirse directamente el derecho, lo cual parece injusto y poco acorde con el espíritu de la legislación, que promueve que la asignación se realice a través del mercado.

iii) Etapa resolutive. Esta etapa contempla como acto principal la resolución administrativa que pone término al procedimiento. La referida resolución proviene de la DGA o, excepcionalmente, del Presidente de la República.

El acto administrativo en cuya virtud se constituye el derecho debe contener las siguientes menciones que señala el art.149 CA.

5.5. Catastro y control de las aguas.

El Catastro Público de Aguas es, en principio, un instrumento de información de la Administración, pero también se utiliza esta herramienta como medio para intervenir en el sector, estableciendo como requisito para acceder a ciertos subsidios o para realizar una serie de gestiones y actuaciones relativas a las aguas, el estar inscrito en este registro administrativo.

Es la DGA el órgano facultado para otorgar los derechos de aprovechamiento de aguas, además de llevar el catastro y control del

recurso.

El Catastro Público de Aguas es uno de los instrumentos eficaces e importantes para el control de los derechos de aprovechamiento que se otorgan. Y así se encarga de dejarlo establecido el propio DS N°1.220 de 1998 (Reglamento del Catastro Público de Aguas), que señala que “*El Catastro Público de Aguas estará constituido por los Archivos, Registros e Inventarios que el presente Reglamento establece, en los que se consignarán todos los datos, actos y antecedentes que dicen relación con el recurso, con las obras de desarrollo del mismo, con los derechos de aprovechamiento, con los derechos reales constituidos sobre éstos y con las obras construidas o que se construyan para ejercerlos*”.

6. Resolución de conflictos.

Chile carece de tribunales de lo contencioso administrativo, con competencia general; igualmente carece de tribunales especiales de aguas. Existen diversos recursos especiales.

1) *Recurso de Reconsideración*. El art.136 CA dispone que “Las resoluciones que se dicten por el Director General de Aguas, por funcionarios de superdependencia o por quienes obren en virtud de una delegación que el primero les haga en uso de las atribuciones conferidas por la ley, podrán ser objeto de un recurso de reconsideración que deberá ser deducido por los interesados, ante el Director General de Aguas, dentro del plazo de treinta días contados desde la notificación de la resolución respectiva. El Director deberá dictar resolución dentro del mismo plazo, contado desde la fecha de la recepción del recurso”.

2) *Reclamación Corte de Apelaciones*. Conforme al art.137 CA, se puede interponer un recurso de reclamación contra las resoluciones del Director General de Aguas ante la Corte de Apelaciones respectiva, dentro del plazo de 30 días desde la notificación de la resolución. Se rige, en general, por las normas aplicables al recurso de apelación.

3) *Oposición administrativa*. El art.132 CA se refiere a la posibilidad que tienen los terceros que se sientan afectados por una controversia relacionada con la adquisición o ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas, para oponerse a otros titulares de derechos o interesados.

Esta oposición es resuelta por el Director General de Aguas, quien actúa como juez o decisor en la controversia.

4) *Los conflictos entre usuarios*. Aunque estos conflictos no son un tipo de contencioso administrativo, pues es un juicio entre particulares, son un tipo de controversia en materia de aguas, los cuales se rigen por los arts.177 y ss. CA.

5) *Juicios al interior de una junta de vigilancia*. Tampoco son parte del

contencioso administrativo, se regulan por el CA, y se refieren a la resolución de determinados conflictos que se producen entre el directorio de la junta de vigilancia y uno de sus miembros o entre estos últimos.

Un problema que se suscita a partir de esto, es que las organizaciones de usuarios cumplen un rol de juez y parte en la solución de estos conflictos, lo cual provoca la existencia de conflictos de intereses al momento de resolver un problema entre los miembros. Con la finalidad de resolver esta situación, es necesaria la creación de tribunales especializados en materia de aguas, capaces de tomar decisiones con independencia a los intereses individuales de los miembros que conforman las organizaciones de usuarios, y con un grado de especialización acorde a la complejidad de las problemáticas del sector.

Bibliografía reciente.

- Bauer, Carl (2015): *Canto de Sirenas. El derecho de aguas chileno como modelo para reformas internacionales* (2da. ed., Santiago, El Desconcierto) p. 319 ss.
- Celume Byrne, Tatiana (2013): *Régimen público de las aguas* (Santiago, Abeledo Perrot) p. 420 ss.
- Rivera Bravo, Daniela (2013): *Usos y derechos consuetudinarios de aguas. Su reconocimiento, subsistencia y ajuste* (Santiago, Ed. Thomson Reuters) p. 445 ss.
- Rojas Calderón, Christian (2014) *Las potestades administrativas en el Derecho chileno. Un estudio dogmático-jurídico en torno a su configuración, estructura y efectos* (Santiago, Legal Publishing-Thompson Reuters) p. 180 ss.
- Vergara Blanco, Alejandro (2015): *Crisis institucional del agua* (2da. ed., Santiago, Ediciones UC) p. 225 ss.
- (2010) *Diagnóstico de problemas en la gestión de recursos hídricos: aspectos institucionales para una futura propuesta de modificaciones legales, reglamentarias y/o de prácticas administrativas. Informe preparado para el diagnóstico de la gestión de los recursos hídricos* (Santiago, Chile).

Jurisprudencia citada.

- Pablo Reyes Barraza con Aguas Andinas S.A* (2011): Corte de Apelaciones de San Miguel, 14 octubre 2013.
- Luis Dagoberto Larraín con Mario Román Valenzuela* (2014): Corte de Apelaciones de San Miguel, 11 noviembre 2014.
- Alberto Montes Arancibia con Parcelación Piedra Molino* (2015): Corte de Apelaciones de San Miguel, 11 diciembre 2015.

Normativa citada.

Constitución Política de la República de Chile.

Ley N°20.017 de 2005, modifica el Código de Aguas. *Diario Oficial*, 16 junio de 2005.

Ley N°20.099 de 2006. Aumenta a un año el plazo para regularizar derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas e introduce modificaciones a la Ley N° 20.017 que modifica el Código de Aguas. *Diario Oficial*, 4 diciembre 2006.

Ley N°20.697 de 2013, faculta a los directorios de las comunidades de aguas y de las juntas de vigilancia, para representar a los interesados en los procedimientos de perfeccionamiento de títulos de derecho de aprovechamiento de aguas. *Diario Oficial*, 7 octubre 2013.

Decreto Ley N°2603 de 1979, modifica y complementa el Acta Constitucional N°3, establece normas sobre derechos de aprovechamiento de aguas y faculta al Presidente de la República para que establezca el régimen jurídico general de las aguas. *Diario Oficial*, 23 abril 1979.

Decreto con Fuerza de Ley N°1.122 de 1981, fija texto del Código de Aguas. *Diario Oficial*, 29 octubre 1981.

Decreto Supremo N°1.220 de 1998, Ministerio de Obras Públicas; aprueba el Reglamento del Catastro Público de Aguas. *Diario Oficial*, 25 julio 1998.

Decreto Supremo N°14 de 2013, Ministerio del Medio Ambiente; aprueba reglamento para la determinación del caudal ecológico mínimo. *Diario Oficial*, 30 julio 2013.

Decreto Supremo N°203 de 2014, Ministerio de Obras Públicas; aprueba reglamento sobre normas de exploración y explotación de aguas subterráneas. *Diario Oficial*, 7 marzo 2014.

